

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LES FIANÇAILLES

DANS LES

Législations Allemande et Suisses

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

le Samedi 28 Novembre 1903, à 2 heures

PAR

E.-I. CARNET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



LYON

IMPRIMERIE WALTENER & C^{ie}

3, Rue Stella, 3

1903

LES FIANÇAILLES

DANS LES

Législations Allemande et Suisses

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LES FIANÇAILLES

DANS LES

Législations Allemande et Suisses

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

le Samedi 28 Novembre 1903, à 2 heures

PAR

E.-I. CARNET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



LYON

IMPRIMERIE WALTENER & C^{ie}

3, Rue Stella, 3

1903

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER (E.), C. ✱, I. ✱, doyen, professeur de Droit civil,
correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. ✱, professeur honoraire.

GARRAUD, I. ✱, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ✱, professeur de Droit romain.

FLURER, I. ✱, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

THALLER, I. ✱, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ✱, professeur honoraire.

COHENDY, ✱, I. ✱, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ✱, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), A. ✱, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ✱, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, A. ✱, professeur de Science financière et de
Législation française des finances.

LAMEIRE, A. ✱, professeur d'Histoire du Droit public.

JOSSERAND, A. ✱, professeur de Droit civil.

BROUILHET, A. ✱, agrégé (Sciences économiques).

HUVELIN, agrégé (Histoire du Droit).

LÉVY, agrégé (Droit privé et Droit criminel).

GONNARD, agrégé (Sciences économiques).

BECQ, I. ✱, secrétaire.

JURY DE LA THESE

MM. LAMBERT, professeur, *Président.*

E. CAILLEMER, professeur, }
JOSSERAND, professeur, } *Assesseurs.*

PRÉFACE

« La définition du mariage telle que la donnait Portalis, apparaît aujourd'hui comme lointaine et dans un grand nombre de cas, l'union de l'homme et de la femme n'est plus déterminée par cette affection réciproque que, en 1855, le conseiller Labori proclamait l'essence du mariage ; l'homme ne cherche plus dans la femme qu'il épouse, la compagne fidèle et dévouée de son existence et la femme qui, sans cesse, aspire vers une émancipation plus complète et tend de jour en jour à devenir l'égale de l'homme, ne voit plus dans l'époux qu'elle accepte un protecteur, un soutien naturel, le chef d'une famille à fonder ; bien différentes sont les préoccupations et beaucoup d'unions ne sont plus basées aujourd'hui que sur l'intérêt ; en un mot, le mariage est devenu une affaire. »

Tels sont les mots que nous relevons dans un jugement du Tribunal civil de Lisieux, du 21 janvier 1903 (1). Le mariage est devenu dans une « certaine

(1) Gazette du Palais, 1903, 1, 286.

classe de la société et non la moins élevée » une affaire. Il n'est plus qu'une question d'intérêts qui doit se régler vite, car la vie moderne a donné plus de prix au temps et « le temps c'est de l'argent. »

Les fiançailles maintenant sont d'inutiles lenteurs (1) et le Code civil a eu raison de ne pas même en parler.

Cependant, les fiançailles remontent à une très haute antiquité et de nos jours encore, nous dit M. Glasson, « dans la plupart des autres Etats de l'Europe elles existent et les promesses de mariage sont parfaitement valables à la condition d'avoir été faites suivant une certaine forme prescrite par la loi : leur inexécution donne lieu à des dommages-intérêts (2). »

Dans ces pays, les fiançailles sont considérées non seulement comme un temps d'épreuves, mais comme un préliminaire presque obligé du mariage, susceptible de produire certains effets juridiques.

Il en est ainsi du moins en Allemagne et en Suisse, dont nous nous proposons d'étudier les législations, actuellement en vigueur, en tant qu'elles s'occupent des fiançailles.

Mais auparavant, il nous paraît utile de donner un aperçu rapide et succinct, ne voulant nullement faire œuvre d'historien, de la théorie des fiançailles dans l'ancien Droit et la jurisprudence française actuelle. Ce sera l'objet de notre introduction.

Les deux parties principales seront consacrées : l'une au nouveau Code civil allemand, voté le 18 août

(1) THÉRY : Encyclopédie du XIX^e siècle, 3^e édit. p. 578.

(2) GLASSON : Du consentement des époux au mariage, n^o 184.

1896, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1900; l'autre aux législations cantonales suisses et au projet d'un Code civil suisse. C'est là notre véritable but, heureux si nous parvenons à faire œuvre intéressante, ce que nous n'osons espérer, tant il est vrai que rien n'est « plus vain et plus chimérique que de prétendre, en écrivant de quelque art ou de quelque science que ce soit, échapper à toute sorte de critique et enlever les suffrages de tous ses lecteurs (1). »

(1) LA BRUYÈRE : Discours sur Théophraste, *in principio*.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

1. Tacite déjà avait été frappé de la haute idée que se faisaient du mariage les peuplades germaniques. « Pour eux, disait-il, le mariage est l'union des corps et des existences : les époux ne forment plus qu'un seul corps et qu'une seule vie, *unum corpus, unamque vitam*. »

2. Cette importance attribuée à l'union conjugale devait aller grandissante ; le mariage devint la convention par excellence, ce qui entraîna même un changement dans la terminologie. « Le mot Ehe, nous dit M. Lehr, qui se traduit aujourd'hui par mariage, était dans l'origine simplement synonyme de convention (*pactum, fœdus*) et s'appliquait à toute relation de droit en général ; le fait qu'on l'a réservé depuis au lien conjugal prouve, à lui seul, que ce lien était dans la société germanique le lien par excellence. » (1).

(1) Ernest LEHR : Traité élém. de Dr. c. germ., T. II, p. 253, n° 1123.

3. L'élément essentiel du mariage était dans le vieux droit germanique la *transmission au mari du mundium* sur la femme. De là, deux modes de formation du mariage : le rapt ou l'enlèvement et l'achat de la femme.

4. Le mariage par enlèvement (Brautraub) semble avoir existé au début des sociétés primitives. D'abord réel, le rapt donnait lieu contre le ravisseur à l'exercice de la vengeance privée de celui qui exerçait la tutelle sur la femme. Mais par suite du progrès des mœurs, le ravisseur put se soustraire à la vengeance du *mundwald* en lui payant une certaine somme ou composition. Le *mundium* sur la femme ne passait au mari qu'après le paiement de cette somme.

Le rapt devint peu à peu fictif et fut remplacé par la poursuite de la femme (Brautlauf). La composition devait toujours être payée ; mais elle se transformait ainsi, lentement, en un prix d'achat.

5. Il fut un temps où le mariage n'eut plus lieu que par achat (Brautkauf). Le fiancé achetait sa fiancée. Comme tout autre, cet achat n'était parfait qu'après paiement du prix et livraison de la chose vendue.

Le mariage se divisait donc en deux actes : la *convention de mariage* ou *desponsatio* (Verlobung) et l'*exécution de cette convention* ou *traditio purellæ* (Trauung).

Les parties en cause étaient d'une part le fiancé, d'autre part le *mundwald*, c'est-à-dire celui qui exerçait la puissance sur la femme. Cette dernière faisait l'objet de la convention du mariage : elle était fiancée mais elle ne se fiançait pas, elle ne jouait aucun rôle actif.

Réel d'abord, l'achat de la fiancée fut idéalisé et remplacé par le simple achat du mundium (1). Le fiancé achetait non plus la femme elle-même mais la puissance sur elle, qu'il se faisait céder contre le paiement d'un prix ou meta (2). La loi des Saxons fixa même le prix d'acquisition payable à défaut d'un prix conventionnel (3).

Tant que le prix d'achat du mundium n'était pas payé la vente demeurait *résoluble* (4). L'Eglise qui tendait à faire admettre l'indissolubilité du mariage « fit tant et si bien que grâce à elle, l'acquisition du mundium résulta de l'union même des époux, le prix n'en eût-il pas été payé à l'aliénateur » (5). Le mariage était devenu indissoluble ; mais il n'en gardait pas moins son caractère de vente débattue entre le mundoald d'une part, et le fiancé d'autre part. La meta venait remplacer la fiancée dans le patrimoine du fiancé. C'est que la personne de la fiancée s'absorbait alors dans celle de son tuteur. Ce dernier seul la représentait au dehors et seul percevait l'indemnité qui pouvait être due. Il avait ainsi tout intérêt, comme le vendeur ordinaire, à rechercher le prix le plus élevé de la cession de son mundium. C'est lui en un mot qui choisissait un époux à la jeune fille ; cette dernière n'était peut-être même pas consultée.

7. Cependant avec le progrès croissant des mœurs la

(15) GUÉTAT : Hist. élém. du Dr. franç. 1884, p. 156 et 157.

(2) LABOULAYE : Condition des femmes, p. 115.

(3) L. Sax. VI-1 : « Uxorem ducturus e e solidos det parentibus ejus ».

(4) L. alam., tit. LIV et 1^{re} addition de la loi des Bourg., tit. XIV.

personnalité de la jeune fille se dégageait peu à peu de celle de son tuteur. C'est toujours ce dernier qui poursuit le paiement de l'indemnité qui peut être due, mais c'est la jeune fille qui la touche, du moins en partie (1), et arrive enfin à la toucher en totalité. Le tuteur qui agissait d'abord seul prit peu à peu l'habitude de consulter la jeune fille. Quand il n'eut plus d'intérêt au contrat et qu'il dût céder son *mundium* même gratuitement, il laissa la jeune fille agir seule. Elle put dès lors librement se choisir un époux selon les aspirations de son cœur. Le mariage ne se traita plus entre le fiancé et le tuteur de la jeune fille, mais entre le fiancé et la jeune fille elle-même. Même sous l'influence de l'Eglise, le *consentement de la future* devint une *condition sine qua non* de la validité du mariage.

En résumé le mariage était insensiblement devenu indissoluble et purement consensuel : *l'élément essentiel du mariage était non plus la transmission du mundium sur la femme mais le consentement des deux futurs.*

Des deux actes qui concouraient au mariage la *desponsatio* et la *traditio puellæ*, le premier conserve son caractère bien que les parties en cause ne soient plus les mêmes, c'est l'accord des volontés, le deuxième au contraire est remplacé par la *copula carnalis*.

8. Si l'on a pu discuter sur le point de savoir *quel*

(1) Edit de Luitprand, chap. 120.

(2) GUÉTAT : Op. cit., p. 157.

était de la desponsatio ou de la traditio puellæ l'acte le plus important (1) nous ne croyons pas qu'il en soit de même dans cette nouvelle phase. En effet un concile de 818 déclare nul le mariage de la fiancée avec un tiers, règle renouvelée par un capitulaire de Lothaire. A la même époque la loi des Wisigoths exige du fiancé qui rompt son union les mêmes motifs que pour dissoudre un mariage. Il en est de même dans la loi des Alamans et dans l'édit de Rotharis (2). A ce moment là le droit canonique triomphait. Les fiançailles n'étaient plus seulement l'acte *générateur du mariage* mais une *union véritable*.

9. Au x-xii^e siècle l'idée de l'achat du mundium sur la femme ne se comprenait même plus. La théorie du mariage consensuel arrivait à son plein développement.

En vertu du consentement qui était donné dans les fiançailles ces dernières étaient presque assimilées au

(1) RUDOLPHE SOHM: Trauung und Verlobung.

FRIEDBERG: Verlobung und Trauung.

Le premier donne la préférence aux fiançailles, le second à la traditio puellæ. Arguments de M. Sohm : 1^o Les fiançailles se réalisent par le même acte qui sert à transférer la propriété. Il faut donc les rapprocher de cet acte c'est-à-dire de la « sala ». La traditio ne serait que l'investitura pratiquée pour les contrats. 2^o L'adultère de la fiancée est puni. 3^o Il est défendu à la fiancée de se marier avec un tiers.

A ces arguments Friedberg répond par les suivants : 1^o Il n'est pas certain que la sala rende parfait le transfert de la propriété. 2^o L'adultère de la jeune fille même non fiancée est également puni. (L. des Burgondes). 3^o Le mariage de la fiancée avec un tiers est très valable, sauf chez les Alamans. Le fiancé ne peut que se faire restituer la meta.

(2) E. LAMBERT : Cours oral d'histoire du dr. professé à la Faculté de Lyon, année 1902-1903.

mariage, pourvu qu'il ne s'élevât aucun doute au sujet du consentement. Elles participaient dans une large mesure de la nature du mariage : on leur attribuait par avance là plupart des effets de ce dernier,

C'est ainsi qu'en outre de l'obligation pour les fiancés de se marier ensemble, les fiançailles avaient pour effets, d'abord un empêchement prohibitif au mariage que l'un des fiancés aurait voulu contracter avec toute personne autre que son fiancé, au mépris de la foi jurée et ensuite un empêchement dirimant en vertu duquel aucun des fiancés ne pouvait se marier valablement avec un parent au premier degré de l'autre fiancé. (Ce dernier empêchement était dit d'honnêteté publique).

De plus, tout comme le mariage, les fiançailles étaient en principe indissolubles (1).

9^{bis}. De cet état de choses naissait une confusion regrettable entre les fiançailles et le mariage. Il est vrai que pour ce dernier, l'Eglise depuis longtemps (2) exigeait la bénédiction du prêtre et que les capitulaires des Carolingiens la recommandaient ; mais cette bénédiction n'était pas encore nécessaire à la validité du mariage : elle ne devait le devenir qu'au Concile de Trente. Comment dès lors distinguer les fiançailles du mariage ? Quand y avait-il fiançailles, quand y avait-il mariage ?

10. Gratien répondait : Il y a mariage quand il y a eu cohabitation ; alors le mariage est parfait, indisso-

(1) ESMEIN : Le mariage en Dr. canonique I. p. 139 et s.

(2) Concile d'Arles en 524.

luble, il y a *matrimonium ratum*, sinon il n'y a que mariage imparfait, ébauché, en un mot *matrimonium initiatum*. Les fiançailles rentrent dans ce dernier cas. « Si les fiancés sont parfois appelés époux et sont traités comme tels, c'est qu'ils sont destinés à le devenir à raison des fiançailles : ils sont virtuellement des époux (1). »

On reprochait à cette théorie de laisser beaucoup trop de place à l'acte matériel de la cohabitation et de confondre les fiançailles avec le mariage *actuellement consenti*, mais non encore *parachevé par la copula carnalis*.

11. Aussi la théorie de Pierre Lombard eut-elle plus de succès. Pour ce dernier, l'élément essentiel du mariage *c'est le consentement*. Il doit être actuel et exprimé par des paroles ou des signes équivalents. Si le consentement n'est pas actuel, s'il a lieu seulement « de futuro », il ne constitue qu'une promesse de mariage. En un mot, les « sponsalia per verba de praesenti » constituent le mariage, les « sponsalia per verba de futuro » les fiançailles. Dans le premier cas, nul besoin de cohabitation pour la perfection du mariage. Mais dans le second cas, la cohabitation était considérée comme la réalisation de l'accord des volontés ; elle faisait présumer le mariage. « Sponsalia de futuro transeunt in matrimonium per copulam carnalem » disait-on par souvenance de la théorie de Gratien.

(1) Pour cette théorie et la suivante, ESMEIN : Le mariage en droit canonique, t. I. p. 108 et s.

Pour Pierre Lombard, l'empêchement dirimant qu'on faisait découler des fiançailles ne résulte pas de ces dernières, mais du *mariage lui-même*. De même pour lui ce qui est indissoluble, c'est le lien qui naît du mariage et non celui qui vient des fiançailles.

12. La distinction était ainsi nettement établie par Pierre Lombard, entre les fiançailles et le mariage. Du reste elle allait de jour en jour s'accuser davantage.

Le mariage devient *contrat solennel*, solennité qui fut définitivement proclamée au Concile de Trente.

Les fiançailles restèrent *purement consensuelles*. Il est vrai que l'Eglise recommandait aux fidèles de faire recevoir l'engagement des fiancés par un prêtre devant les portes de l'église (1), mais il n'apparaît pas qu'elle y ait bien réussi. Cet usage n'était nullement de l'essence des fiançailles, comme le dit Pothier. Même Durand de Maillane (2) rapporte que dans le diocèse d'Aleth il était interdit de fiancer à l'église, car plusieurs personnes avaient confondu cette cérémonie avec celle du mariage et s'étaient crues autorisées à commencer dès lors la vie commune.

13. Néanmoins subsistait toujours pour les fiancés l'obligation réciproque de conclure le mariage projeté. Le fiancé récalcitrant pouvait être contraint d'exécuter sa promesse sous peine d'encourir la censure et l'excommunication. Mais l'application de ces peines

(1) Concile de Bayeux de 1300. Acte du clergé, T. V. col. 646. — Labe XI, 1459.

(2) DURAND DE MAILLANE : Dict. de Dr. can. V^e Fiançailles § 2.

se faisait de plus en plus rare et il arriva un moment où l'infidèle n'eut plus qu'à subir les conseils et les remontrances du prêtre (1), qui, devant son obstination à ne pas conclure le mariage, ne lui infligea plus que des pénitences (2).

Enfin, le contrat de fiançailles, non exécuté, finit par ne plus entraîner que des dommages-intérêts.

14. Ces derniers qui étaient évalués et alloués par les tribunaux ecclésiastiques dits « d'officialités » échappèrent aussi à cette juridiction. Les officiaux ne furent plus compétents que pour connaître de la « validité ou invalidité » des fiançailles, suivant Pothier (3) et l'abbé de Fleury (4). Ils prononçaient la dissolution des fiançailles et renvoyaient les parties devant le juge laïc qui seul était compétent pour condamner à des dommages-intérêts le fiancé récalcitrant. Du reste ces dommages-intérêts étaient toujours modérés, car on s'était aperçu des inconvénients des mariages par contrainte, sans amour, qui loin d'engendrer l'union des âmes et des corps, donnaient naissance sinon au dépit et à la haine du moins à l'indifférence la plus complète et on aurait craint, en exagérant le taux des dommages-intérêts de contraindre indirectement au mariage.

15. En résumé, à la veille de la Révolution, le contrat de fiançailles n'avait plus ou presque plus de

(1) COLIN : Des fiançailles ; thèse de 1887, p. 173.

(2) La censure et l'excommunication ne purent plus être portées sous peine de la sanction de l'appel comme d'abus, arrêts de 1637 et de 1638. Bardet, arrêts, t. II, liv. VI, ch. 15. — Liv. VII, ch. 26.

(3) POTHIER : Traité du mariage, n° 49.

(4) Abbé de FLEURY : 1687, Institution au dr. eccles. t. II p. 42.

sanction. Il était devenu pour ainsi dire un engagement de morale, un simple devoir de conscience.

16. Cependant il était encore fréquent. « Les fiançailles, selon l'expression de Pothier, étaient une de ces choses qui ont coutume de précéder le mariage ». On leur reconnaissait quelque utilité, celle de permettre aux fiancés de ne pas s'engager « avec trop de précipitation dans une société dont les suites ne peuvent être que très fâcheuses quand les esprits sont mal assortis (1) ». On estimait avec saint Augustin qu'il ne fallait pas livrer trop tôt l'épouse « afin que le mari continuât à l'estimer, car ce que l'on n'a pas appris à choisir et à désirer, facilement on le méprise (2) ». Il fallait en un mot que les futurs se connaissent avant de se lier pour la vie.

17. La Révolution survint et avec elle triomphait le principe de la Liberté de conscience dont l'une des conséquences est la laïcisation des services publics. Par suite il y a incompatibilité des fonctions judiciaires avec le caractère ecclésiastique. Les juges d'Eglise n'ont plus qu'une compétence disciplinaire au sein même de l'Eglise. Les juges laïcs deviennent seuls compétents en matière de contrats, en matière civile, donc en matière de fiançailles. Mais, avons-nous dit, ces dernières n'avaient plus de sanction. Il est donc naturel que le législateur de 1804 les ait passées sous silence.

18. Du reste en même temps que le principe de la

(1) MERLIN : Répertoire, v° Fiançailles § 8.

(2) POTHIER : Op. cit. n° 26.

Liberté de conscience, s'affermissait le principe de la Liberté individuelle. En vertu de ce dernier principe, nul ne peut aliéner sa liberté, pour convoler en justes noces, que suivant un mode solennel, méticuleusement réglé par le législateur de 1804. Avec un soin jaloux, il a cherché à établir la complète indépendance de ceux qui vont s'engager dans les liens du mariage. Et jusqu'au moment de la comparution devant l'officier de l'état civil il veut ignorer toute promesse, tout engagement. Les fiançailles ne sont plus qu'une obligation de conscience, dépourvue de toute sanction juridique. Le fiancé peut rompre cet engagement ; il ne fait qu'user d'une liberté qu'il n'avait pu aliéner.

19. Est-ce à dire que les fiançailles devaient disparaître complètement de nos mœurs, comme elles avaient disparu de nos codes ? Assurément non, car un mariage ne saurait se décider et se conclure inconfinent, comme une vente par exemple. Il faut envisager auparavant les goûts, les convenances personnelles, la situation, la fortune, la moralité, la santé des futurs époux. Maintenant encore comme autrefois on ne saurait s'entourer de trop de renseignements, de précautions. La loi elle-même impose aux futurs époux certains délais, comme les délais de publications. Elle réglemente très méticuleusement les diverses formes du contrat de mariage qui doit intervenir avant la célébration du mariage (art. 1394) si les époux toutefois veulent en faire un. A défaut d'existence juridique, les fiançailles ont tout au moins une existence de fait, dans la loi elle-même. Par la force même des choses le mariage est précédé de promesses de mariage.

20. Quel sera le sort de ces promesses ? quelles seront les conséquences de leur rupture ?

Les travaux préparatoires ne nous donnent aucune indication certaine à ce sujet, bien qu'ils mentionnent les promesses de mariage au cours des débats sur la recherche de la paternité, article 340. Le Consul Cambacérès demandait à ce sujet qu'il fût prononcé sur le cas de grossesse précédée de promesse de mariage. Tronchet fit observer que le projet prévoyait pour ce cas des dommages-intérêts et Régnier ajoutait que cette circonstance les augmenterait car il fallait supposer que la grossesse était la conséquence de la promesse (1). Quoi qu'il en soit, la rédaction définitive du Code civil n'apporta aucune solution à cette question puisque nulle part les promesses de mariage ne sont mentionnées.

Les commentateurs purent ainsi donner libre cours à leurs recherches. Malgré le silence du Code ne pouvait-on plus soutenir que les fiançailles engendraient encore l'obligation réciproque de conclure mariage ? En cas de refus de les exécuter, les dommages-intérêts étaient-ils dus ? Sur ce dernier point tout le monde était à peu près d'accord. La rupture peut intervenir dans des circonstances telles qu'il y a préjudice pour une des parties et que des dommages-intérêts peuvent être dus. Mais quel est le fondement de ceux-ci ? c'est là où commencent les divergences.

21. Les uns soutenaient que malgré le silence du Code, les fiançailles étaient encore obligatoires. Elles

(1) FENET : Trav. prépar. du C. c. Tome X, p. 77.

rentrent, disait-on, dans la définition du contrat, article 1101. Elles constituent bien un contrat synallagmatique avec obligation de faire réciproque. Dès lors la validité même d'une telle convention ne peut être mise en doute. Comme toute autre obligation elle doit être régie par les articles 1134 et suivants du C. c. Du reste cette convention n'est pas contraire aux bonnes mœurs. « Il n'y a de contraire aux bonnes mœurs que les promesses dont l'objet blesse la morale : or, quel est le but ou l'objet des promesses de mariage ? Sans contredit, le but le plus honnête, le plus louable, le plus conforme aux lois et à la morale, l'accomplissement du mariage. » Sans doute la loi veut que la liberté des consentements soit pleine et entière jusqu'à la célébration et l'ordre public exige que nul ne puisse auparavant aliéner sa liberté. Mais c'est une conséquence naturelle de toute obligation de faire. « Quiconque s'oblige à faire ou à ne pas faire, aliène une partie de sa liberté. La chose est évidente ; mais que deviendrait la société, si les hommes ne pouvaient engager leurs actions et une partie de leur liberté ? » La convention par laquelle deux personnes se promettent le mariage doit donc avoir force obligatoire et sa validité ne peut faire de doute (1).

22. Mais avant de rechercher si une telle convention est obligatoire ou non, il est juste de se demander si elle peut exister. Or une des conditions essentielles de toute convention est, dit l'article 1108 « un objet cer-

(1) TOULLIER : T. VI, n° 293 et s.

V° aussi MERLIN : Rep. de jurispr. V° Peine contractuelle § 1, n° 44 et v° Fiançailles, VI.

tain qui forme la matière de l'engagement ». Or ici quel sera l'*objet*, le *quid debetur* ? l'accomplissement du mariage, dit-on dans l'opinion précitée. Mais alors nous tombons sous le coup de l'article 1128 qui déclare formellement qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Dira-t-on que l'accomplissement du mariage est une chose dans le commerce ! Assimilera-t-on une promesse de mariage à une promesse de vente dont la matière serait la liberté humaine ! Non il ne peut en être ainsi. La liberté individuelle avait été trop chèrement acquise pour que nos législateurs n'en entourent pas l'aliénation des plus sûres garanties, la publicité et la solennité. Tandis qu'ils règlent dans le livre I tout ce qui touche à l'état des personnes ce n'est que dans le livre III promulgué plus tard qu'ils s'occupent des « contrats et des obligations conventionnelles en général » laissant entendre par là que chacune de ces parties doit se suffire à elle-même et que l'état des personnes doit être soustrait aux règles des obligations.

Il n'y a du reste « dans le mariage, ni créancier, ni débiteur » comme l'a très bien dit M. Laurent, et on ne saurait assimiler l'obligation de faire naissant d'une promesse de mariage à une obligation de faire ordinaire. L'objet d'une promesse de mariage n'étant pas dans le commerce, l'obligation qui en résulte ne peut avoir aucune sanction juridique.

Au surplus admettre, comme le fait l'opinion des premiers commentateurs du code, la validité des promesses de mariage, c'est aller non seulement

contre l'esprit de la loi, mais encore c'est *blessar l'ordre public*. En effet le mariage intéresse avant tout la société dont il est la base. Or les règles relatives au mariage sont édictées dans le premier livre du Code civil, alors que les promesses de mariage ou les fiançailles qui en sont le préliminaire obligé sont passées sous silence.

Un fiancé peut utilement dégager sa promesse, car il n'a pu aliéner sa liberté par avance. Cette aliénation ne peut avoir lieu que publiquement et solennellement, l'intérêt supérieur de la société l'exige et un particulier ne peut renoncer lui-même au bénéfice des dispositions de telles lois, parce que ce sont des lois d'ordre public (1).

Les promesses de mariage ou fiançailles n'ont donc aucune existence juridique dans nos lois et elles ne peuvent même pas en avoir une.

23. Par suite peut-on leur reconnaître des effets légaux?

L'opinion que nous avons combattue leur faisait l'application des articles 1142 et suivants du C. C. Valable en elle-même, la promesse de mariage non exécutée se résout en dommages-intérêts comme toute obligation de faire.

Nous nous bornerons ici à citer la réfutation de M. Laurent. « Les dommages-intérêts tiennent donc lieu de l'exécution directe de l'obligation; le créancier obtient sous forme de dommages-intérêts tout ce qu'il

(1) ALGRAVE : Définition de l'ordre public en matière civile. V^e Revue pratique, t. XXV, p. 536.

a stipulé. Tel est le vrai sens du principe formulé par l'article 1142. Eh bien !... conçoit-on que la promesse de mariage se résolve en dommages-intérêts ? conçoit-on que celui à qui son fiancé manque de foi demande et obtienne, sous forme de dommages-intérêts l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire le profit, l'avantage que lui aurait procuré le mariage ? Conçoit-on que le juge se mette à calculer ce que peut valoir, en pièces de cent sous, l'union des âmes ? Pour le coup, nous dirons avec le premier Consul : « Vous ne comprenez pas ce que c'est que le mariage ! Vous traitez cela en hommes d'affaires, en légistes. Le mariage est l'union des âmes ». Quand deux âmes se proposaient de s'unir et que l'une d'elles refuse, il n'y a plus lieu au mariage car au lieu de l'union il y a désunion, antipathie, indifférence. L'union étant impossible, comment pourrait-il être question de lui donner une exécution forcée sous forme de dommages-intérêts ? » (1)

L'article 1142 ne peut donc être appliqué.

24. La majorité des auteurs admet que le fondement des dommages-intérêts dus en cas de rupture se trouve dans une obligation délictuelle ou quasi délictuelle dont le principe est posé par l'article 1382 (2).

(1) LAURENT : Principes du dr. civ., t. II, n° 306, p. 409.

(2) DELMINCOURT : T. I, p. 427.

DURANTON : T. II, p. 467 et t. X, p. 319 à 321.

MALEVILLE : Sur l'art. 472.

VAZEILLE : T. I, 445 à 452.

DEMOLOMBE : T. III, n° 28 et s.

AUBRY et RAU : T. IV, p. 31 n° 26.

LAURENT : T. I, p. 444 et s., n° 5.

Les dommages-intérêts ne sont pas dus en vertu de l'inexécution d'une convention, mais en vertu du préjudice souffert par l'autre partie. « Celui qui abandonne sans motif légitime un projet de mariage peut certainement causer à l'autre un dommage très réel ; il doit être tenu de le réparer : *c'est là une des applications les plus naturelles et les plus légitimes de notre art. 1382* » (1).

La jurisprudence qui avait généralement (2) adopté l'opinion de Toullier et de Merlin au début du siècle dernier est entièrement fixée dans ce sens depuis un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1838. Cet arrêt décide que « toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage. L'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du préjudice causé et dans l'obligation imposée par la loi à celui qui en est l'auteur de le réparer » (3).

25. Depuis cet arrêt, la jurisprudence est unanime pour appliquer à la rupture d'une promesse de mariage le principe de l'article 1382. « Tout fait quel-

GLASSON : Consentement des époux au mariage, n° 95 et s.

HUC : T. II, n° 5 et s.

(1) DEMOLOMBE : Cours de Code Napoléon III, p. 22.

(2) *Cependant en sens contraire* :

Nîmes, 6 août 1806, S. 1806, 2, 476.

Trèves, 5 févr. 1808, S. 1808, 2, 169.

Rouen, 28 févr. 1815, S. 15, 2, 224.

Toulouse, 16 févr. 1813, D. Rep. Mariage, n° 73.

Colmar, 12 mai 1818, D. Rep. Mariage, n° 83.

(3) Cass. Civile, rejet, 30 mai 1838, DALLOZ, Rep. Mariage, n° 82, 8°.

« Civile, 4 juin 1833, DALLOZ, Rep. Mariage, n° 90, 4°.

conque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

En vertu de cet article, pour que l'action en dommages-intérêts soit recevable, il faut de l'avis de tous un fait, un fait dommageable, imputable à l'auteur et illicite.

Le mot fait a un sens assez large ; il s'entend non seulement des actions mais des omissions, des réticences, des imprudences, en un mot du fait d'omission ou de commission (1). C'est ce que dit l'article 1383. « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

Le dommage qui doit être réparé, c'est le dommage *injuria datum* « qui faisait en droit romain l'objet des prévisions de la *loi aquilia*. Mais tandis que la *loi aquilia* ne prévoyait que la lésion, destruction ou dégradation matérielles, d'une chose corporelle, *corpus læsum*, l'article 1382 admet toute espèce de dommage vu la généralité des expressions qu'il emploie.

Ce dommage doit être la conséquence du fait reproché : il doit exister entre eux une relation de cause à effet (2). Il faut de plus que le fait dommageable puisse être imputable à quelqu'un. Les travaux préparatoires disent au sujet de l'article 1382 : « Le dommage pour qu'il soit sujet à réparation doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un ; s'il ne

(1) BAUDRY-LACANTINERIE : Précis, 1895, t. II, n° 1348.

(2) Cass., 23 oct. 1901, Gaz. du Pal., 1901, 2, 5, 16.

peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort dont chacun doit supporter les chances » (1).

Enfin, l'auteur du fait dommageable doit être en faute. La faute la plus légère suffit pour faire encourir la responsabilité édictée par l'article 1382, d'après l'article 1383. *In lege aquilia benissima culpa venit*. La faute dont il est ici question, c'est la faute délictuelle, c'est-à-dire un manquement à un devoir légal, portant atteinte au droit légal d'autrui.

Le mot faute éveille l'idée de « négligence coupable, par conséquent imputable à celui qui la commet » (3) et supposant un fait dépendant de sa volonté.

Celui du délit éveille l'idée « d'un fait illicite c'est-à-dire non permis par la loi » (2).

26. La question peut se poser de savoir si l'auteur de la rupture injustifiée d'une promesse de mariage se rend coupable *d'une faute délictuelle*.

Or la promesse de mariage est nulle en soi et de nul effet : les fiancés doivent conserver leur liberté entière jusqu'au moment même de la célébration du mariage, c'est un principe d'ordre public qui « soit avant, soit depuis la promulgation du Code civil a toujours été consacré par la jurisprudence (3). » Jusqu'à leur comparution devant l'officier de l'état-civil, ils peuvent se dédire et rompre le projet de mariage ; en

(1) TARRIBLE : Séance du Corps législ. du 19 pluviôse an XII. (Loché, T. XIII, C. civ., Liv. III, T. IV).

(2) BAUDRY : Précis, t. II, 1895, n° 1348.

(3) Arrêt précité de la Cour de Cass. du 30 mai 1838. Dalloz, Rep. mariage, n° 82, 8°.

le faisant ils ne font qu'user d'un droit « que la loi leur reconnaît formellement (1). Usant d'un droit, ils ne peuvent encourir de responsabilité, car *qui suo jure utitur neminem lædit*. Par suite, pas d'acte illicite, pas de faute et pas de dommages-intérêts. La Cour d'Aix semble avoir poussé jusque là la déduction (2). Deux jugements plus récents sont dans le même sens : l'un du Tribunal de Chartres (3) : « Attendu que lorsque deux personnes se sont promis le mariage, elles sont libres de se rétracter et que cela ne constitue point la violation d'une obligation valable ; que cette rétractation n'est *que l'exercice d'un droit*. Attendu en l'espèce que le défendeur n'a donc fait qu'*user d'un droit* et qu'il n'aurait *commis une faute que s'il eût abusé de ce droit*, guidé par un sentiment de méchanceté ou coupable de quelque négligence ou de quelque imprudence ; mais attendu , que les faits et les circonstances de la cause ne révèlent contre lui aucune faute de cette nature et que dès lors sa responsabilité n'est pas engagée. »

L'autre du Tribunal de Châteaudun (4) : « Attendu en principe que la promesse de mariage ne crée aucun lien de droit entre les parties ; qu'elle peut être reprise même jusqu'à l'instant qui précède la célébration du mariage ; que l'article 1142 du Code civil ne saurait donc s'y appliquer ; attendu d'autre part que l'exercice d'un droit, quelque dommage qu'il ait causé, ne peut

(1) CHARDON : Traité du dol et de fraude, Vol. III, p. 467, n° 1352.

(2) Cour d'Aix, arr. du 23 février 1865, S. 66, 2, 28.

(3) Chartres, 21 janvier 1897, Gaz. des Trib., 28 janvier 1897.

(4) Châteaudun, 6 août 1893, 96, 2, 273, Gaz. du Pal.

jamais constituer une faute donnant naissance à une réparation civile; que l'article 1382 C. civ. est donc, comme l'article 1142, inapplicable à la promesse de mariage elle-même; que si parfois l'article 1382 peut être légitimement invoqué en cas de rupture ce n'est pas par le seul fait de cette rupture, mais seulement accessoirement et eu égard à certains faits dommageables qui se sont produits à l'occasion de la promesse de mariage et qui constituent leur auteur en faute vis-à-vis la partie adverse. »

Ces déductions, bien que logiques, nous paraissent exagérées. Du reste, la majorité des décisions judiciaires admet que des dommages-intérêts peuvent être encourus *par le seul fait de la rupture sans motif d'une promesse de mariage.*

27. Cette jurisprudence est-elle fondée? Nous le croyons. En vérité, *qui suo jure utitur, neminem lædit*, mais encore faut-il que l'exercice du droit soit *régulier et prudent* (1), que le droit d'autrui soit respecté. Demolombe écrivait : » L'exercice de notre droit va jusqu'à l'extrême limite où commence le droit d'autrui. Mais à cette limite il s'arrête! Et vous ne sauriez en aucun cas la franchir, même dans votre entière bonne foi (2) ». Quel est donc le droit de l'auteur de la rupture; quel est celui de la partie adverse?

28. L'auteur de la rupture a incontestablement le droit de rompre; mais s'il le fait sans motif il est à

(1) LAROMBIÈRE : art. 1382, n° 11.

(2) DEMOLOMBE : Engagements qui se forment sans convention, L. III, tit. IV. chap. II.

présumer qu'il s'était engagé indélibérément, à la légère. Par là ne se rend-il pas coupable d'une négligence? Lui est-il permis d'abuser ainsi de la confiance ou de la crédulité de l'autre partie? Car après tout si la demande en mariage est un honneur il y a tout lieu de croire qu'elle ne se produit pas inconsidérément. Le mariage, même devenu une « affaire » pécuniaire (1), est encore un acte trop délicat et trop sérieux pour qu'on y réfléchisse avant de le conclure. La demande en mariage participe de son caractère et doit être considérée comme sérieuse de même que les démarches qu'elle nécessite. Et quand la demande a été agréée, que les fiançailles ont été formées, il y a tout lieu de croire que le projet de mariage est sérieux. Si une rupture de ce projet survient sans motif, la personne qui en souffre n'a-t-elle pas le droit de se plaindre? ne peut-elle reprocher à l'auteur de la rupture sa conduite et son manque d'égards vis-à-vis d'elle! Elle a tout au moins le droit qu'on la respecte et qu'on ne se joue pas d'elle impunément.

C'est ce qu'a décidé le Tribunal civil de Pontoise, le 27 décembre 1893. « Attendu en droit, dit-il, que si tout projet de mariage est conditionnel et si chacun des époux conserve jusqu'au moment de la célébration la faculté de s'en départir, il n'en faut pas conclure que l'un d'eux puisse se jouer impunément de l'autre et qu'après l'avoir constitué en frais, il lui soit permis de l'abandonner sans motif sérieux; *que l'inexécution*

(1) Jugement précité du Trib. de Lisieux, du 21 janvier 1903, *Gaz. du Pal.* 1903. 4, 287.

d'une promesse de mariage est en principe une cause de dommages-intérêts » (1).

Un jugement du Tribunal civil de Nantes, du 11 février 1895 est dans le même sens : « Attendu, dit-il, que les fiançailles ne constituent plus, comme jadis, un contrat et n'engendrent plus d'obligations de droit ; qu'au contraire il est admis que les promesses de mariage sont nulles en elles-mêmes et ne sauraient entraver la liberté des promis, même en contraignant l'un d'eux à payer à l'autre le dédit qui aurait été stipulé ; qu'en effet notre loi moderne veut qu'au moment de la célébration du mariage, le consentement soit bien volontaire et dégagé de tout lien qui pourrait plus ou moins le gêner. Attendu néanmoins que si l'inexécution d'une promesse de mariage n'est pas une faute contractuelle, elle peut, suivant les circonstances, être une faute quasi-délictuelle, tout au moins une imprudence qui autoriserait l'application des articles 1382 et 1383, qu'il en serait ainsi surtout si la victime d'une rupture non motivée avait souffert dans sa considération, mais qu'il en pourrait être ainsi également si elle avait été entraînée injustement dans des dépenses restant en pure perte et *que la légèreté, la précipitation, l'imprévoyance de l'autre partie auraient occasionnées* » (2).

(1) Gaz. du Pal., 94, 1. Supp. 20. Trib. civ. de Termonde, 28 mars 1901. Gaz. du Pal. 91, 1, 468 et la note ; Trib. civ., Avallon, 18 janvier 1888. Gaz. du Pal., 88, 2, supp. 42.

(2) Gaz. du Pal., 95, 1, 29. Lyon. Trib. civ., 3 juillet 1892. Gaz. du Pal., 92, 2, 204, Paris, 26 juin 1894 (Gaz. du Pal.) 94, 2, 325. Trib. civ., Oran, 7 mai 1894 (Gaz. du Palais, 94, 2, 326).

29. Au surplus la jurisprudence considère la promesse de mariage comme *constituant une manœuvre dolosive* quand il y a eu séduction suivie de grossesse. « Attendu que la demoiselle M., dit un jugement du Tribunal de Ruffec, du 8 mai 1902, a assigné le sieur Ch., en paiement d'une somme de..., montant de dommages-intérêts qu'elle lui réclame en réparation du préjudice qu'il lui a causé en la séduisant par des *manœuvres dolosives, telles que promesse de mariage*. Attendu que ces manœuvres constituent ce que la doctrine appelle « un *délit civil* » dont le principe des réparations a été posé par le législateur dans l'article 1382, C. c. » (1).

Si la promesse de mariage constitue un *délit civil* quand elle est la cause de relations illicites et de grossesse, pourquoi ne conserverait-elle pas ce caractère de faute quand elle est la cause d'un dommage de moindre importance. Le principe doit être le même; peu importe que le dommage soit plus ou moins considérable, s'il est néanmoins appréciable (2). Quoiqu'il en soit la jurisprudence actuelle n'hésite pas à accorder des dommages-intérêts en cas de rupture injustifiée de promesses de mariage (3) sur le fondement de l'article 1382, dont c'est une « des applications les plus naturelles et les plus légitimes ».

(1) Gaz du Pal., 1902; 4, 824.

(2) Celui des fiancés qui après avoir fait une promesse de mariage se retire capricieusement commet un délit civil ou quasi délit civil, suivant les cas. (BAUDRY — LACANTINERIE. Précis 1894 n° 415 bis, p. 240)

(3) Trib. civ. de St-Gaudens du 41 décembre 1893 dans Gaz. des Trib. 41 février 1894.— Trib. civ. de Pau, 1^{er} août 1902. *Monit. Jud.* de Lyon, n° du 21 mars 1903.

30. Mais pour que cet article soit applicable, il faut comme nous l'avons déjà dit, qu'il y ait préjudice, que ce préjudice soit prouvé, qu'il soit la conséquence de la rupture injustifiée de la promesse de mariage.

Selon la règle bien connue de notre droit, *actori incumbit probatio*. C'est au plaignant de rapporter la preuve des différents faits qu'il allègue et particulièrement celui de la préexistence de la promesse de mariage aux relations illicites suivies de grossesse.

Comment devra-t-il administrer cette preuve ? par écrit ou par témoin ?

31. Dans notre droit, c'est en principe la preuve littérale qui est demandée article 1341 ; la preuve testimoniale n'est admise qu'exceptionnellement, articles 1347 et 1348.

Si donc il existe une preuve écrite ou tout au moins un *commencement de preuve par écrit* de la promesse de mariage, rien de plus facile. — Il n'est pas trop dans nos usages modernes de constater par écrit l'existence des promesses de mariage ; d'ordinaire on se contente d'un commencement de preuve par écrit, par exemple des lettres échangées entre les deux fiancés. Mais il peut se faire que les fiancés ne s'écrivent pas et que par suite il n'y ait pas de *commencement de preuve par écrit*. Bien que l'instruction soit très répandue maintenant, c'est un fait qui peut se présenter et se présente même fréquemment à en juger d'après le nombre des décisions judiciaires surtout parmi les ouvriers de nos villes et les habitants de nos campagnes. Dans ces milieux, surtout dans les campagnes, où l'on n'a pas le temps d'écrire, les mariages se font très vite. Le jeune homme se rend

un dimanche chez les parents de celle qu'il a remarquée et expose sa demande. S'il est agréé il revient le dimanche suivant et commence sa cour, qui du reste n'est jamais bien longue, le temps seulement pour la jeune fille de se préparer un petit trousseau. Puis à un jour dit, on se rend au bourg voisin faire l'achat d'objets de première nécessité en ménage et deux ou trois jours après on se marie. Si par suite du voisinage des relations illicites s'établissent et causent un préjudice matériel ou moral à la jeune fille, devra-t-on lui faire grief de n'avoir pas exigé de son fiancé qu'il lui écrive ou *qu'il reconnaisse par écrit la promesse de mariage*? Ce serait alors vraiment considérer le mariage comme une simple affaire et la promesse de mariage comme une promesse de vente. Ce ne serait guère le moyen d'arriver à la conclusion d'un acte qui repose avant tout sur la confiance réciproque.

32. Malgré le grand nombre de décisions qui ont sanctionné cette théorie (1), nous croyons cependant que *la promesse de mariage peut être prouvée par témoins, même sans commencement de preuve par écrit*.

En effet l'article 1341 du C. c. sur lequel s'appuie cette jurisprudence fait partie du chapitre VI (livre 3, titre 3), intitulé : « De la preuve des obligations et de celle du paiement ». Or la promesse de mariage n'est

(1) Douai 20 juin 1887, Gaz. du Pal., 87, 2, 75.

Toulouse 5 mars 1888, Gaz. du Pal., 88, 1, 698.

Lyon 5 mars 1888, Gaz. du Pal., 82, 2, suppl. 37.

Toulouse 29 mars 1889, Gaz. du Pal., t. 9, 87, 92. v. cit. n° 25.

Rennes 6 novembre 1894, Gaz. du Pal., 94, 2, 629.

pas obligatoire. Nulle en soi, elle ne peut faire naître une demande en exécution du mariage.

De plus elle ne constitue pas un acte juridique, « dont l'objet est d'une valeur supérieure à 150 francs ». L'objet de la promesse de mariage est l'union des deux fiancés. Comment apprécier en argent l'union projetée : « le mariage n'est pas dans le commerce ».

Du reste, l'acte juridique a « pour résultat direct et nécessaire de créer, de transférer, de modifier, de confirmer, de reconnaître ou enfin d'éteindre un droit ou une obligation » (1).

La promesse du mariage n'engendre, par elle-même, aucun droit, ni aucune obligation ; c'est un simple fait qui peut être prouvé indéfiniment par la preuve testimoniale.

Considérerait-on, en outre, la promesse de mariage comme un acte juridique, il faudrait, nous semble-t-il, dans les cas que nous avons signalés, faire l'application de l'article 1348 *in principio*, décidant que les règles générales de la preuve testimoniale « reçoivent exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation ».

Cet article ajoute : « Cette seconde exception s'applique 1° aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits. » Or, avons-nous vu plus haut, la promesse de mariage constitue une manœuvre dolosive, un délit civil quand elle est la cause de la séduction ; la rupture d'une promesse de

(1) BAUDRY-LACANTINERIE : Précis, t. 2, n° 1257, éd. de 1895.

mariage met en jeu la responsabilité de son auteur et si des dommages-intérêts sont dus, c'est qu'il s'est rendu coupable d'une faute délictuelle; l'obligation dont il est tenu découle donc d'un délit ou d'un quasi-délit, article 1382. Nous rentrons ainsi dans les termes mêmes de l'article 1348, 1^o.

Exiger pour la preuve de la promesse de mariage *un commencement de preuve par écrit ou un écrit*, c'est en quelque sorte reconnaître à la promesse de mariage une *certaine valeur juridique*. Or, il est admis unanimement qu'elle est nulle en soi. La considérer comme engendrant la responsabilité civile de l'article 1382 et néanmoins exiger que son existence soit prouvée comme celle d'un acte juridique : il y a, croyons-nous, dans les deux cas, un manque de logique.

Pour nous, l'inexécution de la promesse de mariage ne pouvant « donner lieu à des poursuites contre celui qui rompt qu'autant que cette rupture survient dans un ensemble de circonstances qui constituent le préjudice, source de l'obligation civile; *il en résulte que la promesse de mariage n'est qu'un simple fait, dont la preuve testimoniale peut être admise sans restriction*, comme tous ceux d'ailleurs « qui n'engendrant pas immédiatement des rapports juridiques et ne devant en engendrer qu'accidentellement, ne laissent pas entrevoir à leurs auteurs la nécessité de les prouver en justice » (1).

(1) Trib. de Ruffec, précité, Gaz. du Pal., 1902, 4, 824.

Carcassonne, 15 fév. 1888, Gaz. du Pal., 88, 2, sup., 30.

Caen, 4 fév. 1895, Gaz. du Pal., T.-Q., 92, 97. V^o Promesse de mariage, n^o 45.

Loudun, 7 déc. 1882, Le Droit, du 21 mars 1884.

33. L'obligation civile dont est tenu l'auteur de a rupture injustifiée d'une promesse de mariage a pour objet la réparation complète du préjudice souffert par la victime. Peu importe que ce préjudice soit matériel (1) ou moral (2) pourvu qu'il soit appréciable. Ne doivent être remboursés que les frais faits vraiment en considération du mariage projeté : ainsi coût du contrat de mariage, frais de noces, repas, corbeilles, voitures, changement de domicile, de situation, obligations, etc. Les frais de voyage, d'hôtel n'entrent pas en compte : ils sont inhérents à la charge de prétendant (3).

34. Enfin les cadeaux doivent être restitués à moins qu'ils n'aient été « offerts avec un sentiment de galanterie et qu'ils constituent des présents qu'un homme ne saurait songer à reprendre à une femme » (4) tels que fleurs, bonbons par exemple. Du reste il ne doit pas déplaire aux fiancés de se débarrasser d'objets, tels que bagues, bijoux qui leur rappelleraient des souvenirs pénibles. Il est probable au surplus que ces cadeaux ont été faits en faveur du mariage. Or l'article 1088 du C. c. porte que toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas ». En cas de contestation l'application de cette règle sera très simple quand la donation aura été faite dans des formes indiquant clairement son caractère, comme par exemple si elle a été faite par contrat de

(1) Alger, 9 avril 1895, D. 32 o. 2. 1895.

(2) Bordeaux, 1^{er} avril 1901. Rec. de Bordeaux, 280-1-1901.

(3) Tr. c. de Tulle, 18 mai 1895. Gaz. du Pal. 95-290.

(4) Tr. c. de Nantes, 11 février 1895. Gaz. du Pal. 95-1 suppl. 29.

mariage. Cette donation est alors caduque. Mais il n'en est plus de même en cas de don manuel. L'article 1088 n'établit pas de présomption légale, sur le point de savoir, si la donation entre fiancés est faite en faveur du mariage. C'est au juge du fait à rechercher dans les éléments de la cause si cette donation a été faite sous la condition « *si nuptiæ sequantur* ». Si l'existence de cette condition est démontrée, la donation devient caduque sinon c'est une libéralité faite « *animus donandi* » parfaitement valable.

PREMIÈRE PARTIE

Les Fiançailles dans le nouveau Code civil allemand

CHAPITRE PREMIER

Travaux préparatoires

Jusqu'en 1877, les fiançailles avaient conservé en Allemagne leur caractère *obligatoire* : elles donnaient naissance à une action en *conclusion du mariage*. Mais à cette époque une tendance nouvelle se fit jour, celle d'atténuer en pratique l'exécution trop rigoureuse bien que traditionnelle du contrat de fiançailles (1).

Le fiancé récalcitrant peut bien être condamné à procéder au mariage, mais l'exécution de cette condamnation ne peut plus être demandée. Les articles 774 et 779 du C. de pr. c. le défendent formellement, le premier en décidant que des peines pécuniaires ne

(1) La prom. de mar. donne lieu à une action en justice dans le Landrecht prussien, Allgemeines Landrecht, art. 75 et s., II, 1.

peuvent être appliquées en vertu de la condamnation, qui a pour objet la conclusion du mariage et le deuxième en déclarant qu'une telle condamnation, même passée en force de chose jugée, ne saurait valoir comme *déclaration de volonté*.

Aussi, la Commission nommée en 1874, par le Bundesrat, *voulant mettre d'accord le droit et la pratique*, proposait dans l'article 1227 de l'Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs « de supprimer, pour les fiancés, l'obligation de conclure le mariage, née des fiançailles. » Pour elle, il était impossible d'accorder une indemnité pécuniaire à la partie lésée par l'inexécution injustifiée du contrat de fiançailles, car « le mariage est avant tout un rapport moral qui ne peut être considéré comme une source de bénéfices pécuniaires (1). »

Cet article 1227 de l'*avant-projet* souleva de vives et nombreuses critiques (2). Elles se basent en général sur la croyance populaire en la force obligatoire des fiançailles. Méconnaître la possibilité même de la formation d'un lien de droit en vertu des fiançailles, comme le fait cet article 1227, serait aller contre cette croyance, ce qui aurait des conséquences très graves d'autant plus que le peuple ne distinguerait pas entre l'engagement juridique et l'engagement moral et croirait que même ce dernier ne se formerait pas.

Gierke va plus loin. Pour lui, admettre l'article 1227,

(1) Motive, v. IV, p. 3.

(2) Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt im Reichsjustizamt, v. VI, p. 11.

ce serait « donner une prime à la rupture des fiançailles (1). »

Hinschius se prononce dans le même sens et à son avis « dans les cercles populaires, la fermeté du lien conjugal est en corrélation directe avec la fermeté du lien des fiançailles (2). »

Enfin, Scheurl dit qu'on ne saurait méconnaître la force obligatoire des fiançailles, car elle s'implique naturellement des rapports juridiques entre fiancés ou plutôt entre leurs familles (3).

En présence de ces critiques, l'œuvre de la deuxième commission était tout indiquée, c'était de donner satisfaction, dans un texte précis, aux partisans de l'ancienne théorie des fiançailles comme aux partisans de la nouvelle; c'était de trouver *un moyen terme*.

C'est ce que firent les praticiens qui composaient en majeure partie cette commission

Or, *trois partis* s'offraient, tous trois du reste présentés sous forme d'amendements (4) :

1° Obligation pour les fiancés de conclure mariage en vertu du contrat de fiançailles ;

2° Nul droit pour les fiancés à la conclusion du mariage en vertu des fiançailles ;

3° Aucune action permise aux fiancés en conclusion du mariage en vertu des fiançailles.

(1) GIERKE : Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, p. 395.

(2) HINSCHIUS : Im Archiv für civilistische Praxis, v. 74, das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, p. 55 et s.

(3) SCHEURL : Im Archiv für civilistische Praxis, v. 74, p. 388.

(4) Protokoll der Kommission für die 2te Lesung, v. IV, p. 1 et s.

Prendre le premier parti, il ne fallait pas y songer.

Cette obligation serait restée sans sanction en présence des art. 774 et 779 précités du C. de pr. c.

Admettre au contraire le deuxième parti, aurait été méconnaître les critiques formulées contre l'art. 1227 de l'avant-projet.

Restait donc le troisième parti : *reconnaître aux fiancés un devoir moral à la conclusion du mariage tout en leur refusant l'action en justice.*

C'est ce dernier parti que prit la commission. Sa décision est du reste devenue l'article 1297 du nouveau Code allemand, ainsi conçu :

« L'on ne peut, en vertu de fiançailles, intenter une action en conclusion du mariage (1). »

Tel est le texte qui est venu, après de nombreuses délibérations de la deuxième commission, remplacer l'article 1227 de l'avant-projet, décidant, ainsi que nous l'avons dit plus haut, que les fiançailles n'engendreraient pour les fiancés aucune obligation de conclure le mariage projeté.

L'un, l'article 1227, vise l'obligation même de conclure le mariage, *l'autre* au contraire, l'article 1297 définitif, ne vise que l'exécution de cette obligation.

En présence de ce dernier texte, nous pouvons nous demander si le législateur allemand n'a vu dans *l'état de fiancé* (Brautstand) qu'un *rapport purement de fait, non de droit* (eine thatsächliche, nicht rechtliche Beziehung der Verlobten), rapport entraînant néan-

(1) Traduction de M. Gruber, conseiller au tribunal cantonal de Strasbourg.

moins les conséquences juridiques prévues par la loi dans les articles 1298 et s. du nouveau C. c. all.

C'est la thèse soutenue par Jacobi (1).

Nous renvoyons l'examen de cette théorie à plus tard, car nous aurons l'occasion d'y revenir à propos de la nature juridique des fiançailles dans le nouveau Code allemand et le projet d'un C. c. suisse, étude à laquelle nous consacrerons notre conclusion.

Nous nous bornons ici à dire par avance que nous considérons les fiançailles du Code allemand comme un contrat obligatoire, soumis à des règles spéciales, ayant trait au Droit de famille — et comme tel soumis aux règles relatives aux *déclarations de volontés* (Willenserklärungen) article 116 à 114 du C. c.

(1) JACOBI : Das persönliche Eherecht, 2 éd., p. 18 et suiv.

CHAPITRE II

De la forme des fiançailles

I. *De la forme.* — D'après le nouveau Code aucune forme n'est exigée pour la conclusion des fiançailles. Cependant une proposition dans ce sens avait été présentée à la deuxième commission (1). Elle visait les deux points suivants :

1^o Chaque fois que le consentement de certaines personnes est nécessaire pour la validité du mariage, ce consentement doit être constaté.

2^o Les fiançailles devront être annoncées publiquement soit par les parents ou les amis, soit en justice ou devant notaire.

Seuls ceux qui se seront soumis à ces prescriptions pourront se prévaloir du bénéfice des dispositions des articles 1298 et s.

Le premier point concernait le représentant légal (Gesetzlich Vertreter) et les parents. Mais la commission jugea inutile d'introduire dans la loi une telle pro-

(1) Protokoll, v. IV, p. 9 et 11.

position, puisqu'elle admettait que les déclarations de volonté relatives aux fiançailles étaient des actes juridiques et que par conséquent elles tombaient sous le coup de l'article 107, ainsi conçu :

« Le mineur a besoin du consentement de son représentant légal pour les déclarations de volonté par lesquelles il n'acquiert pas exclusivement un avantage juridique. »

Quant au deuxième point la Commission a pensé que les règles de forme imposées aux fiançailles seraient trop souvent enfreintes dans les cercles populaires soit par omission, soit par immoralité, et que par suite tout recours serait enlevé contre les fiançailles sérieuses. Au surplus il ne convenait pas d'introduire dans le Code civil une distinction entre les fiançailles et les simples liaisons, ce qui était plutôt du domaine du Code pénal.

Il est vrai qu'une confusion est possible entre les fiançailles et les simples liaisons. Il appartient au juge et non au législateur de les distinguer l'une de l'autre, par tous les moyens possibles, suivant les classes de la société.

En un mot, privées ou officielles, les fiançailles peuvent toujours être prouvées.

II. *De la représentation.* — Le mariage doit être basé sur la connaissance personnelle, tant morale que physique des intéressés. Il ne ressemble pas à une société quelconque, commerciale par exemple, où l'on peut remplacer sa connaissance personnelle par des renseignements fournis par des tiers. La nature et son but sont trop délicats pour qu'un fiancé ne juge pas

par lui-même la personne appelée à partager ses joies comme ses peines, ses idées, ses aspirations, à devenir en un mot un autre lui-même. C'est précisément le but des fiançailles de permettre aux futurs époux de s'approfondir l'un l'autre et nous ne comprenons pas que l'on puisse dans une observation si délicate, se faire remplacer par un tiers, pas plus en Allemagne qu'en France.

III. *De la condition et du terme.* — Il n'en est pas de même pour le terme et la condition. Le but des fiançailles ne s'oppose nullement à leur adjonction. Il est tout naturel par exemple qu'un jeune homme mette cette condition à son mariage qu'il ait une position qui lui permette de subvenir aux dépenses de la vie commune.

Les conditions et les termes sont même très fréquemment adjoints aux fiançailles.

CHAPITRE III

Conditions nécessaires à la validité des fiançailles

D'après la définition que nous avons donnée des fiançailles allemandes, les conditions nécessaires à leur validité sont au nombre de trois :

- 1° Le consentement des fiancés ;
 - 2° Leur capacité de contracter ;
 - 3° Leur aptitude à contracter le mariage projeté.
- Nous allons les étudier successivement.

§ 1. — CONSENTEMENT DES FIANCÉS

I. Si comme nous le pensons, les fiançailles dans le nouveau Code civil allemand constituent bien un contrat, les vices du consentement, qui ont une influence sur la validité d'une déclaration, influent également sur les *déclarations de fiançailles*.

C'est ainsi que la *restriction mentale* du déclarant, de ne pas vouloir ce qu'il déclare, n'entraîne d'après l'article 116 la nullité des fiançailles qu'autant que l'autre partie a connaissance de cette restriction.

Il en est de même (art. 117) de la *déclaration faite sans intention sérieuse* (art. 118).

II. *L'erreur* (article 119) rend annulable la promesse de mariage ; mais il faut qu'elle soit *essentielle*. Il faut donc qu'elle porte soit sur le *contenu de la déclaration* (über den Inhalt der Erklärung), soit sur la *déclaration elle-même en tant que déclaration de volonté* (in der Abgabe der Erklärung) soit enfin sur les *qualités propres de la personne ou de la chose qui sont dans l'usage considérées comme essentielles* (über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden).

L'article 1333 fait, dans un sens large, l'application de cette dernière hypothèse (de l'art. 119, al. 2) quand il décide qu'en mariage « la validité (du mariage) peut être contestée par l'époux qui, lors de sa conclusion, a fait erreur sur la personne ou des qualités personnelles de l'autre époux, qualités qui l'auraient retenu de la conclusion, s'il avait connu l'état des choses ou raisonnablement apprécié la nature du mariage » (1).

Mais en matière de fiançailles une pareille erreur n'entraîne pas la nullité ; elle donne seulement à la partie qui se trompe un motif de rupture. Ainsi un homme se fiance à une jeune fille qu'il croit irréprochable, puis il découvre qu'elle a eu un enfant. Il y a là une erreur sur les qualités personnelles de la fiancée et par suite, en vertu de l'article 119, le fiancé est fondé en droit à attaquer les fiançailles. Mais supposons,

(1) Traduction Gruber, 2^e éd. Strasbourg, imprimerie strasbourgeoise, 1900.

au contraire, qu'un jeune homme, obligé d'aller habiter dans un pays tropical, se fiance à une jeune fille dont la santé est, après coup, déclarée médicalement inapte à supporter la température de ce pays. On ne peut certainement considérer la constitution physique d'une personne lui permettant de résister à une température élevée et malsaine, comme une de ces qualités personnelles de l'article 119, qui permettrait au fiancé, dans notre cas, d'attaquer les fiançailles pour cause d'erreur. Le même cas se produisant entre époux, nous pensons qu'en présence de l'article 1333 (argument des mots « ou des qualités personnelles de l'autre époux ») le mari pourrait faire annuler son mariage, car le but du mariage est la vie commune. Mais entre fiancés, l'article 119 ne nous paraît pas assez formel. Toutefois si le fiancé ne peut faire annuler ses fiançailles en vertu de l'article 119, il peut du moins invoquer un motif grave de rupture, article 1298, al. 3.

En résumé, ces trois sortes d'erreur constituent ou des *causes d'annulabilité* (art. 119) ou des *motifs graves de rupture*, de là application de l'article 1298, al. 3. Dans les deux cas, le fiancé qui veut rompre n'encourt aucune des conséquences juridiques prévues par les articles 1298 et suivants.

Cependant si le fiancé se prévaut de l'article 119 et demande l'annulabilité, il y a lieu de tenir compte de l'article 122, ainsi conçu :

« Lorsque la déclaration de volonté est nulle en vertu de l'article 118 ou a été attaquée en vertu des articles 119 et 120, le déclarant doit, si la déclaration devait être faite à une autre personne vis-à-vis de celle-

ci, et dans le cas contraire, vis-à-vis des tiers, réparer le préjudice par eux souffert en raison de ce fait qu'ils ont cru à la validité de la déclaration, mais jusqu'à concurrence seulement de l'intérêt que chacun d'eux avait à cette validité.

L'obligation d'indemniser n'existe pas lorsque la personne lésée connaissait la cause de la nullité ou de l'annulabilité, ou ne l'ignorait que par suite de négligence grave (1). »

En conséquence, la partie qui attaque les fiançailles est obligée de tenir compte à l'autre partie de l'intérêt qu'avait celle-ci à ne pas contracter les fiançailles, c'est-à-dire de l'intérêt négatif, et elle lui doit de ce chef des dommages-intérêts. Mais ceux-ci ne peuvent pas dépasser la limite de l'intérêt qu'avait l'autre partie à la validité des fiançailles. Cette limite est du reste fixée par l'article 1298 pour les cas de rupture unilatérale. En sorte que la partie défenderesse ne peut, sur le fondement de l'article 122, réclamer plus que n'accorde l'article 1298. Même il peut se faire qu'elle devra demander moins que prévoit l'article 1298 quand son intérêt négatif est moins important.

III. D'après l'article 123, quand une *déclaration de volonté* a été faite *par dol* ou *illégalement par des menaces*, elle est attaquable. Les fiançailles donc seront annulables dans ces cas-là. Nous estimons

(1) Art. 118. « La déclaration de volonté qui est faite sans intention sérieuse et dans l'attente que ce défaut ne sera pas dénié est nulle. »

Art. 120. « La déclaration de volonté qui a été faite d'une manière inexacte par la personne ou l'établissement qui devait la transmettre peut être attaquée dans les mêmes conditions que, d'après l'article 119, celle faite par erreur. »

même qu'il en serait ainsi également quand le dol aurait porté sur l'état de fortune de l'un des fiancés.

IV. Pour les cas de nullité ou d'annulabilité, l'adversaire c'est-à-dire le défendeur à l'action doit être déterminé d'après les règles prescrites par l'article 143 que nous signalons simplement. Pour les fiançailles c'est l'autre fiancé. Comme les fiançailles constituent un acte exclusivement personnel, le fiancé même à *capacité restreinte*, peut agir seul, sans le consentement de son représentant légal. D'après Schmidt, il faut lui appliquer par analogie les dispositions des articles 1336, al. 1, 1595 al. 1 et 2282 al. 1 relatives aux contestations sur la validité du mariage, la légitimité d'un enfant et l'annulation de la convention d'hérédité (1).

V. Aucun délai n'est fixé par la loi pour introduire une demande en nullité basée sur l'erreur. Cette demande doit avoir lieu d'après l'article 121 « immédiatement, sans retard fautif (unverzüglich, ohne schuldhaftes zögern), après que celui qui a le droit de l'invoquer a eu connaissance de la cause de cette nullité.

Pour le dol et la violence au contraire un délai d'un an est accordé par l'article 124 à partir du moment où le dol a été découvert ou que la violence a cessé.

VI. Dans les trois cas la prescription s'accomplit par trente années.

(1) SCHMIDT : In dem Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Hölder, L. IV, p. 13.

§ 2. — CAPACITÉ D'AGIR DES FIANCÉS

D'après l'article 104 du C. C, all :

« N'a pas la capacité de contracter :

1^o Celui qui n'a pas encore accompli sa septième année ;

2^o Celui qui se trouve dans un état de trouble mental morbide qui exclut le libre arbitre, lorsque cet état n'est pas momentané d'après sa nature.

3^o Celui qui a été interdit pour aliénation mentale. »

En conséquence, d'après l'article 105 :

« La déclaration d'un incapable est nulle. Il en est de même d'une déclaration faite en état d'inconscience ou de trouble momentané de l'activité de l'esprit ».

A cela il faut ajouter *l'incapable avec capacité restreinte* de l'article 106 et qui vise le mineur qui a accompli sa septième année.

Les fiancés, comme tous autres déclarants, sont soumis aux prescriptions de ces articles. Suivant les cas, ils ne pourront agir qu'avec l'approbation de leurs représentants légaux. Nous renvoyons du reste à ce sujet aux articles 107 à 115 qui visent ces cas.

§ 3. — APTITUDE DES FIANCÉS A CONTRACTER
LE MARIAGE PROJETÉ

Les fiançailles ont pour effet la conclusion d'un mariage. Or il est de toute évidence que si le mariage ne peut avoir lieu, légalement, les fiançailles qui en sont le préliminaire manqueraient de but. Il faut donc

que les deux personnes qui se fiancent puissent se marier ensemble. Ne le pourraient pas, par exemple, ceux qui seraient visés par les dispositions des articles 1310, 1311, 1312 que nous allons transcrire ici :

Art. 1310. « Un mariage ne peut être conclu entre parents en ligne directe, entre frères et sœurs du même lit ou d'un lit différent, ainsi qu'entre alliés en ligne directe.

« Un mariage ne peut être conclu entre personnes dont l'une a eu des rapports de cohabitation avec des parents, grands-parents ou descendants de l'autre.

« La parenté dans le sens de ces dispositions existe aussi entre un enfant naturel et ses descendants d'une part et le père et ses parents de l'autre. »

Art. 1311. « Celui qui a adopté une autre personne, ne peut conclure mariage avec elle ou les descendants de celle-ci, aussi longtemps que les rapports juridiques résultant de l'adoption existent. »

Art. 1312. « Un mariage ne peut être conclu entre un époux divorcé par suite d'adultère et celui avec lequel l'époux divorcé a commis l'adultère, lorsque dans le jugement de divorce cet adultère a été relaté comme cause du divorce.

« On peut obtenir dispense quant à cette prescription. »

C'est donc une prohibition au mariage qu'édicte ces textes pour les personnes qu'ils visent. Par suite les fiançailles qui seront faites au mépris de ces règles seront nulles car elles tomberont sous le coup de l'article 134 du C. c. qui frappe *de nullité l'acte juridique fait au mépris d'une prohibition légale*.

CHAPITRE IV

De la fin des Fiançailles

§ 1. — DE LA FIN NATURELLE DES FIANÇAILLES

La fin naturelle des fiançailles est la conclusion du mariage. Mais diverses situations peuvent se présenter : ou les fiançailles sont valables, annulables ou nulles, ou le mariage est lui-même valable, annulable ou nul.

Nous allons successivement passer en revue ces diverses hypothèses.

I. Les fiançailles sont valables.

a) L'un des fiancés se refuse à la conclusion du mariage en répondant « non » à la demande de l'officier de l'état civil. C'est un cas de rupture de fiançailles qui entraînera les conséquences des articles 1298 et suivants, conséquences qui varieront selon qu'il y aura ou non un motif grave.

b) Le mariage est conclu ; il est valable ou annulable. Dans ce cas les fiançailles auront produit leur effet, aucune des conséquences des articles 1298 et suivants ne pourra se produire.

c) Le mariage conclu est nul. Alors les fiançailles n'ont pas produit leur effet et les fiancés restent engagés à la conclusion d'un autre mariage.

II. *Les fiançailles sont annulables.*

a) L'un des fiancés se refuse à la conclusion. Il faut distinguer : le fiancé qui refuse est-il fondé en droit ? Alors il doit faire valoir la cause de l'annulabilité des fiançailles ; ces dernières seront rompues ; au contraire n'est-il pas fondé en droit à faire annuler les fiançailles ? nous retompons alors dans la première hypothèse (I. a).

b) Le mariage conclu est valable ou annulable. Nous retompons dans le deuxième cas de la première hypothèse (I. b.)

c) Le mariage conclu est nul. Les fiançailles subsistent encore ; elles restent néanmoins annulables à moins qu'il n'y ait eu confirmation de la part de celui qui pouvait se prévaloir de la nullité.

III. *Les fiançailles sont nulles.*

a) L'un des fiancés se refuse à la conclusion du mariage. Alors en présence de la nullité des fiançailles, aucune des conséquences des articles 1298 et suivants ne se produira.

b) Le mariage conclu est valable ou annulable : les fiançailles sont considérées comme valables en fait ; elles prennent fin avec la conclusion du mariage.

c) Le mariage conclu est nul. Dans ce cas, on peut considérer la conclusion du mariage comme une confirmation des fiançailles, si cette interprétation est possible, comme par exemple si les deux parties avaient répondu « oui » à la demande de l'officier de

l'état civil. En cas contraire, les fiançailles n'auraient aucun effet.

§ 2. — RUPTURE DES FIANÇAILLES

En dehors de la cessation des fiançailles par la conclusion du mariage, quatre cas de rupture peuvent se présenter :

Ce sont :

- 1^o La mort de l'un des fiancés ;
- 2^o La convention des deux parties ;
- 3^o La dédite de l'un des fiancés ;
- 4^o L'arrivée d'une condition résolutoire ou d'un terme. »

I. En cas de rupture des fiançailles *par la mort de l'un des fiancés*, en général, il n'y aura lieu à aucune des conséquences juridiques prévues par les articles 1298 et suivants. Nous signalerons cependant la disposition relative à la restitution des cadeaux, de l'article 1301 *in fine*, d'après laquelle : « en cas de doute, on doit présumer que la demande en restitution est exclue, si les fiançailles sont rompues par le décès de l'un des fiancés. »

II. Comme la conclusion elle-même, *la rupture réciproque* de fiançailles n'est soumise à aucune forme spéciale. Elle aura donc lieu par tout acte ou signe permettant de n'avoir aucun doute sur l'intention des parties. Il y aura lieu de part et d'autre à la restitution des cadeaux, art. 1301, al. 1.

III. Chaque partie a le droit de se *retirer des fiançailles*. Les articles 1298 et suivants le lui reconnaissent

du reste implicitement, sauf toutefois certaines conséquences, que nous étudierons plus loin. Mais alors la partie qui se retire devra se conformer à l'article 349 du C. c., d'après lequel : « La résolution s'opère par une déclaration faite à l'autre partie. »

Par application de ce texte nous ne pensons pas que des fiançailles soient rompues par les fiançailles d'un des fiancés avec une tierce personne. Les premières subsistent jusqu'au moment où le fiancé délaissé a connaissance des fiançailles nouvelles et celles-ci n'ont aucun effet jusqu'à ce moment.

Il en serait autrement si les premières fiançailles étaient suivies du mariage de l'un des fiancés avec une autre personne. Il y aurait en ce cas, rupture immédiate des fiançailles bien que l'autre partie n'ait pas connaissance de ce mariage. C'est que la publication des bans, qui a pour but de susciter les oppositions au mariage et par suite de le porter à la connaissance des tiers, remplit ici le rôle, à peu près, d'une déclaration à l'autre partie. Du reste il y a là une grande analogie avec ce qui se passe pour une déclaration de volonté faite par signification d'huissier, que l'article 132 considère comme parvenue à l'autre partie.

IV. *L'arrivée d'une condition ou d'un terme* n'entraînera aucune des conséquences des articles 1298 et suivants, de même qu'en cas d'accord entre les deux parties.

CHAPITRE V

De la restitution des cadeaux

L'article 1301 du C. c. all., qui vise la restitution des cadeaux est ainsi conçu :

« Si le mariage n'est pas conclu, chacun des fiancés peut demander à l'autre la restitution de ce qu'il lui a donné comme cadeau ou comme signe de fiançailles conformément aux dispositions relatives à la restitution de l'enrichissement indû. En cas de doute on doit présumer que la demande en restitution est exclue, si les fiançailles sont rompues par le décès de l'un des fiancés. »

Ce texte, en harmonie avec le droit antérieur, est ainsi expliqué dans les travaux préparatoires : « Les cadeaux qui ont été donnés à l'occasion des fiançailles comme gages d'amitié et de sympathie, en l'absence d'une volonté certaine du donateur, doivent être considérés comme ne devant pas survivre aux rapports étroits et personnels qui en ont été la cause. Il doit donc y avoir lieu à leur restitution. Mais cette manière de voir n'est plus exacte quand les fiançailles ont été rompues par la mort de l'un des fiancés. Par suite en

l'absence de volonté contraire, il est à présumer que le survivant peut conserver les cadeaux reçus en souvenir du défunt » (1).

I. Telle étant la base de l'article 1301, nous devons exclure de la restitution les cadeaux qui n'ont aucun rapport avec le fait même des fiançailles, qui n'en sont pas à proprement parler le gage. Ceci se présenterait par exemple dans le cas où un homme fiancé à sa cousine, la fille du frère aîné de son père, est appelé en même temps que sa fiancée à la succession de l'unique frère de cette dernière. Les bijoux de prix, comme bagues ou armoiries devant échoir, d'après une vieille tradition, au seul représentant mâle d'une famille, lui sont dévolus. Il ne les détient donc pas à titre de *cadeaux de fiançailles* mais à titre de *succession*.

Dans ce cas alors, pas d'obligation de restitution.

II. En outre pour qu'il y ait obligation de restituer, d'après les termes mêmes de l'article 1301, il faut qu'il s'agisse de cadeaux faits par l'un des fiancés à l'autre, pendant les fiançailles : « Kann jeder Verlobte von dem anderen die Herausgabe desjenigen, was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat » dit le texte : donc « *entre fiancés, unter Verlobten.* » Mais dans cet ordre d'idée, ce sont tous les cadeaux que se sont faits les fiancés qui doivent être restitués, n'y aurait-il eu qu'échange de bagues par exemple.

III. Il faut enfin, d'après le texte, que le mariage

(1) MOTIVE : Livre II, p. 6 et 7.

n'ait pas lieu, die Eheschliessung unterbleibt, ce qui a trait à la rupture des fiançailles de quelque manière qu'elle se produise, mort, accord synallagmatique, rupture unilatérale, etc.

IV. Cet article 1301 nous apparaît dans son ensemble comme un texte interprétatif de la volonté des parties contractantes. « En cas de doute on doit présumer, etc. » dit-il, donc si la volonté des parties est certaine, même dans le cas de rupture expressément visé par la loi, la mort de l'un des fiancés, il y aura lieu à restitution; à plus forte raison dans les autres cas de rupture, assurément moins favorables, les fiancés seront-ils tenus de l'obligation de restituer.

V. A ces deux exceptions au principe de la restitution, il faut en ajouter une troisième, beaucoup plus étendue, venant de l'application des règles de l'enrichissement indû auxquelles l'article 1301 renvoie par ces mots : « ... conformément aux dispositions relatives à la restitution de l'enrichissement indû ».

Est-ce à dire que les cadeaux entre fiancés constituent pour celui qui les a reçus *un enrichissement indû*, quand le mariage n'a pas lieu, d'après l'article 1301, 1^{re} phrase, in fine.

Nous ne le pensons pas.

En effet, d'après l'article 812 du Code civil qui détermine le caractère de l'enrichissement indû : est tenu de restituer, celui qui, par une prestation faite par autrui, « ou d'une autre manière, a reçu d'un autre, sans cause juridique, une chose à laquelle il n'avait pas droit. Cette obligation subsiste, même si la cause juridique disparaît plus tard, ou que les effets visés

« par une prestation, selon la teneur de l'acte juridique, ne se réalisent pas ».

Peut-on dire que le fiancé donataire, accipiens, a reçu de l'autre un cadeau, sans cause juridique : non, car la cause juridique est ici le contrat de donation lui-même, cause qui subsiste même après la rupture des fiançailles. Ce qui disparaît, c'est le fait même de l'existence des fiançailles, qui est non la cause mais le motif de l'enrichissement de l'un des fiancés. Cette première condition de l'article 812 nous paraît donc faire défaut dans la restitution des cadeaux prévue par l'article 1301.

La deuxième condition prévue par l'article 812 à savoir : « que les effets visés par une prestation ne se réalisent pas » nous paraît également faire défaut.

Les cadeaux entre fiancés, bien que faits dans l'attente du mariage n'ont pas pour but la conclusion du mariage ; ils sont faits d'ordinaire dans une pure intention de libéralité, dans le but d'enrichir simplement la partie bénéficiaire. Endemann (1) dit expressément à ce sujet que « la restitution n'est pas basée sur ce que l'effet juridique n'est pas atteint, car la conclusion du mariage est non pas le but de la donation, mais le but des fiançailles. »

Si les cadeaux reçus par un fiancé de son co-fiancé ne constituent pas, aux termes mêmes de l'article 812 un enrichissement indû dans son sens propre, ils lui ressemblent néanmoins beaucoup, surtout au point de vue de la *non réalisation des effets visés*. Les cadeaux

(1) ENDEMANN : Lehrbuch. V° II, p. 606.

entre fiancés sont faits dans l'attente du mariage ; or, cette attente est déçue, on peut donc assimiler la situation du fiancé donateur à celle de celui qui fait une prestation dont les effets ne se réalisent pas. Nous croyons que c'est dans ce sens seulement qu'il faut interpréter le renvoi de l'article 1301.

La portée de ce renvoi étant ainsi déterminée, nous allons en examiner les conséquences relatives aux dons entre fiancés.

Et d'abord, c'est l'article 815, applicable par analogie.

« La répétition en raison de non accomplissement de l'effet visé par la prestation est exclue lorsque cet effet était impossible dès l'origine et que celui qui prestait le savait, ou que ce dernier a empêché contre toute bonne foi la réalisation de l'effet. »

Nous touchons ainsi à la troisième exception que nous avons signalée plus haut.

L'article 815 exclut la répétition de l'indû dans deux cas.

a) Le but visé était impossible dès le début, et l'auteur de la prestation le savait.

b) L'auteur de la prestation a empêché de mauvaise foi la réalisation de l'effet.

Semblerait rentrer dans la première hypothèse le cas d'une personne qui, connaissant un empêchement au mariage qu'elle voudrait contracter avec une autre, se fiancerait néanmoins avec cette dernière. D'après l'article 815, cette personne, en cas de rupture de fiançailles, n'aurait pas droit à la répétition de l'indû. Il nous semble que cette hypothèse doit

être écartée, car si le mariage projeté ne peut avoir lieu, il ne peut y avoir, à proprement parler, de fiançailles, et les cadeaux n'ont pas lieu « entre fiancés », condition nécessaire d'après l'article 1301.

Il en est tout différemment pour la deuxième hypothèse. Celui qui se retire sans motif grave, article 1298 al. 3, ou celui qui, par sa conduite, est cause de la dédite de l'autre fiancé, article 1299, peut bien être considéré, d'après l'article 815 *in fine*, comme ayant « empêché contre toute bonne foi la réalisation de l'effet ». Pour lui donc, pas de répétition pour les cadeaux par lui donnés.

C'est là une première conséquence du renvoi de l'article 1301, aux règles de l'enrichissement indû.

Une deuxième conséquence nous est donnée par l'article 818, que nous ne faisons que transcrire en partie.

« L'obligation de restituer s'étend aussi aux produits perçus ainsi qu'à ce que le recevant a acquis, en vertu d'un droit conféré ou à titre d'indemnité pour la destruction, la détérioration ou l'enlèvement de l'objet reçu.

Si la restitution n'est pas possible en raison de la nature de l'objet reçu, ou si celui qui avait reçu est, pour une autre cause, hors d'état de restituer, ce dernier doit en rembourser la valeur.

L'obligation de restituer ou d'indemniser de la valeur est exclue en tant que celui qui a reçu cesse d'être enrichi... »

Une troisième conséquence sera l'application de l'article 822.

« Lorsque celui qui a reçu dispose gratuitement de la chose reçue au profit d'un tiers et qu'en raison de ce fait, l'obligation de restituer est exclue, le tiers est obligé à cette restitution, comme s'il avait reçu la libéralité du créancier, sans cause juridique. »

Enfin nous signalerons en terminant que les fiancés, obligés de restituer les cadeaux reçus ont, vis-à-vis l'un de l'autre, un droit de rétention, d'après l'article 273, ce qui leur permettra *de ne restituer que contre restitution réciproque*, c'est-à-dire l'*exécution trait pour trait* (Erfüllung Zug um Zug) de l'article 274.

CHAPITRE VI

De l'Obligation de réparer le dommage causé

L'obligation de réparer le dommage causé par une rupture injustifiée découle des articles 1298 et 1299, dont voici la teneur :

Art. 1298. « Lorsqu'un fiancé se dédit des fiançailles, il est tenu d'indemniser l'autre fiancé et les père et mère de celui-ci, ainsi que les tierces personnes qui ont agi au nom des père et mère, pour le dommage résultant du fait, qu'en prévision du mariage, ils ont eu des dépenses ou contracté des obligations. Il est aussi tenu d'indemniser l'autre fiancé pour le dommage que celui-ci subit par le fait, qu'en prévision du mariage, il a pris d'autres mesures par rapport à sa fortune ou à sa position sociale.

« La *réparation du dommage* n'a lieu qu'en tant que les *dépenses*, les *obligations contractées* et les *autres mesures* prises, *étaient appropriées aux circonstances*.

« L'obligation d'indemniser n'a pas lieu si l'on a un motif grave pour se dédire. »

Art. 1299. « Lorsqu'un fiancé est cause du dédit de l'autre par suite d'une faute qui est un motif grave de rupture, il est obligé de réparer le dommage, conformément à l'article 1298, al. 1 et 2. »

En somme, d'après ces articles, l'auteur d'une rupture injustifiée ne doit réparation que du *dommage purement matériel, pécuniaire* ; il ne doit même pas réparation de tout le *damnum emergens*, puisque ces deux textes ne parlent pas de la blessure morale, affront ou injure dont l'autre partie peut avoir à souffrir. Pourquoi cette responsabilité limitée contrairement aux règles ordinaires de la responsabilité ? Hirsch et Gierke (1) auraient été d'avis de reconnaître à la partie innocente un droit à une indemnité d'exécution. Même Gierke aurait voulu que les Tribunaux puissent apprécier non seulement le dommage pécuniaire, mais même le dommage moral, de manière à en ordonner une réparation équitable.

Mais la deuxième commission rejeta cette manière de voir (2), car admettre le principe d'une indemnité pour inexécution, aurait été en quelque sorte admettre une exécution indirecte des fiançailles, contrairement à l'article 1297, al. 2, qui défend l'adjonction d'une clause pénale, et aller, ainsi que le remarque Scheurl (3), contre les données du *gemein Recht*, qui refusait une telle indemnité. En outre accorder une indemnité pour le préjudice moral aurait été faire des

(1) HIRSCH : Im Archiv. für civilistische Praxis. V° 74, p. 56 et s.

GIERKE : Entwurf eines B. G. B., p. 396.

(2) Protokoll. V° IV, p. 4 et 8.

(3) SCHEURL : Im Archiv. V° 74, p. 388.

fiançailles une source d'avantages pécuniaires, et une source de procès spéculatifs, ce qui aurait été pour le juge une mission singulièrement délicate et difficile.

Le législateur s'est donc arrêté aux textes des articles 1298 et 1299 que nous venons de reproduire et que nous allons analyser rapidement.

I. Et d'abord quel est le *fondement de cette obligation* de réparer le préjudice causé ?

Evidemment un fiancé est toujours libre de revenir sur sa parole. Mais ce n'est pas, pensons-nous, parce que les fiançailles n'ont aucun effet juridique ni aucune force obligatoire, mais bien plutôt parce qu'elles ne peuvent donner lieu à aucune action en conclusion du mariage, article 1297, al. 1. Même indirectement par l'adjonction d'une clause pénale au contrat, on ne pourrait arriver à cette exécution forcée. L'article 1297, al. 2, s'y oppose formellement : « La promesse d'une peine, faite pour le cas où le mariage n'aurait pas lieu, est nulle. » Mais si un fiancé ne peut contraindre l'autre à exécuter sa promesse, il ne saurait lui-même être contraint à rester indéfiniment fiancé. Il peut toujours se retirer, mais encore faut-il qu'il ne le fasse qu'après mûres réflexions, avec des raisons sérieuses, s'il ne veut encourir une condamnation à des dommages-intérêts ; ce qui prouve, à notre avis, que les fiançailles ont néanmoins une certaine force obligatoire, qu'elles sont plus qu'un simple état de fait.

II. Pour nous les articles 1298 et 1299 supposent qu'il s'agisse bien de bonnes et valables fiançailles, rompues par la dédite de l'un des fiancés. Dans le cas de l'article 1298, c'est la rupture sans motif sérieux, dans le

cas de l'article 1299, c'est la conduite coupable, elle-même, motif grave de rupture, qui seront les points de départ de l'obligation d'indemniser.

Mais là se pose la question de savoir ce que le législateur allemand entend par « motif grave » ?

Si l'on considère les fiançailles comme un contrat, pour que la rupture unilatérale donne naissance à une action en indemnité, il faut que ces fiançailles soient valables, d'après les principes généraux. Sont-elles nulles ou annulables, ne naît alors qu'une responsabilité éventuelle sur le fondement des règles générales et ordinaires, mais non sur le fondement des règles relatives à la convention même des fiançailles.

Si au contraire les fiançailles ne sont qu'un simple rapport de fait, les faits, qui d'après les principes généraux peuvent servir de base à une action en nullité des fiançailles seront également des motifs graves de rupture pour le fiancé fondé à s'en prévaloir, et ce dernier ne pourra s'en prévaloir qu'à la condition d'attaquer également la validité des fiançailles. Dans cette théorie à laquelle nous avons déjà fait allusion et sur laquelle nous sommes presque obligés de revenir ici, puisque l'article 1298, al. 3, y joue un rôle très prépondérant, la réserve mentale, la fiction, la plaisanterie, l'erreur essentielle, la transmission inexacte d'une déclaration constituent pour les deux fiancés, un motif grave de rupture, les déchargeant de toute responsabilité, à moins qu'il n'y ait faute de la part de l'un d'eux. Le dol et la violence en seront un également pour la victime, de même que l'incapacité, l'imbécillité et la folie.

Dans notre théorie, la question ne se poserait même pas de savoir s'il y a juste motif ou non de se retirer de telles fiançailles, car ces dernières, d'après les principes indiqués plus haut, sont absolument nulles : un incapable ne peut de lui-même contracter un engagement juridique.

Mais, comme dans l'opinion de Jacobi, on ne doit pas faire application de ces principes pour un simple rapport de fait, les fiançailles n'en existeront pas moins, car, dit-on, à défaut d'engagement juridique l'incapable a pu tout au moins s'engager moralement à la conclusion du mariage : il peut certainement le faire dans un intervalle lucide, par exemple. Il est donc tout-à-fait indifférent qu'il puisse ou non s'obliger juridiquement. Quand en conséquence l'incapable est devenu libre de ses actes et se dédit, il transgresse l'obligation morale qui lui incombe : « mais s'il s'est engagé pendant la durée de son incapacité, on peut dire qu'il n'a pu mesurer la portée de ses actes : et dès lors il a un juste motif de rupture, qui lui permet de s'affranchir sans responsabilité de son engagement moral. »

Mais prenons le cas où l'incapable ne peut même pas contracter d'engagement moral : il est dans un état d'inconscience complète, par exemple. Il a pu assurément contracter des fiançailles, simple rapport de fait. Quel motif de dédit devra-t-il invoquer pour éviter des dommages-intérêts ? Les partisans de cette opinion de répondre : ce n'est pas l'absence de toute obligation, civile ou morale, qui dégage de sa responsabilité le fiancé qui se retire de fiançailles existantes, mais c'est

que dans les faits mêmes, qui mettent obstacle à la naissance d'une obligation quelconque, se trouve également un motif grave de rupture de fiançailles qui n'ont pu être obligatoires en aucune manière.

C'est une explication à la vérité très ingénieuse, trop même pour qu'elle soit naturelle.

Aussi nous préférons de beaucoup considérer les fiançailles comme un contrat. Dès lors plus de difficultés : les déclarations de volonté d'un incapable sont nulles : partant il ne peut conclure aucune fiançaille et par suite ne peut être responsable d'une rupture injustifiée. L'autre partie aurait toujours le droit de se retirer sans indemnité.

En dehors de ces faits nous devons encore signaler comme motifs graves de rupture, dans les deux théories, les suivants qui basés sur des considérations d'équité relèvent de la conscience du juge :

a) Les faits qui peuvent motiver un divorce, adultère ou actes punissables de l'article 1565, maladie mentale, article 1569; attentat à la vie de l'autre, article 1566; conduite immorale, sévices de l'article 1568, abandon méchant, article 1567, peuvent par analogie servir de motifs de rupture.

b) Egalement en général les faits comme la brutalité, l'avarice, la prodigalité, etc., qui feraient du mariage une union mal assortie.

c) Les faits qui portent atteinte à l'honneur comme la banqueroute, la prison, etc.

d) Enfin le défaut de sympathie bien établi.

Tels sont les motifs graves de rupture dont parle

l'article 1298. L'article 1299 y ajoute un motif spécial : celui qui est constitué par la conduite coupable de l'un des fiancés, conduite qui oblige l'autre à se dédire. Cet article 1299 nous semble prévoir le cas où un fiancé qui n'a de son côté aucun motif de rupture dans le sens de l'article 1298, veut cependant se retirer des fiançailles sans être obligé envers l'autre à une indemnité quelconque. La conduite coupable de l'autre fiancé lui fournira ce moyen. Mais encore faut-il ici qu'il s'agisse de fiançailles valables et que la conduite reprochable à l'un des fiancés n'ait eu lieu que depuis les fiançailles, car le texte dit en effet : « Lorsqu'un fiancé est cause du dédit de l'autre... » ce qui restreint le champ d'application de ce motif spécial de rupture aux relations entre fiancés.

En résumé quand un motif grave de rupture sera invoqué par le fiancé, soit d'après l'article 1298, soit d'après l'article 1299, ce dernier n'encourra aucune responsabilité. Mais en cas contraire les dispositions de l'article 1298 seront applicables.

III. Nous allons maintenant examiner ces dispositions.

Et d'abord, la réparation s'étend « au dommage résultant du fait, qu'en prévision du mariage..., des dépenses ont été faites ou des obligations contractées... » Est-ce à dire que toutes les dépenses faites par un fiancé, celles qu'il n'aurait pas faites, s'il n'avait pas engagé sa parole, doivent être remboursées ? Les frais de voyage, l'hôtellerie par exemple, doivent-ils être remboursés en cas de rupture ? Nous ne le pensons pas ; les visites du fiancé à sa fiancée bien que très naturelles et motivées par le besoin ou le

plaisir d'être ensemble, les dépenses qu'elles occasionnent n'en sont pas pour autant en rapport direct avec le mariage. On ne peut pas dire d'elles qu'elles sont faites « en prévision du mariage » et c'est cependant la condition *sine qua non* de l'article 1298. Il est vrai que des difficultés pourront s'élever à ce sujet ; mais c'est affaire au juge de déterminer si une dépense peut être considérée comme faite « en prévision du mariage » et non pas seulement comme faite dans le « but du mariage. »

IV. Le fiancé qui se retire sans juste motif doit indemniser des dépenses faites en prévision du mariage non seulement par l'autre fiancé, mais encore par les père et mère de ce dernier ou les tiers qui ont agi en leur nom car le plus souvent ce seront les parents qui auront fait les frais des fiançailles et il est tout naturel qu'ils soient indemnisés.

V. Dans ces indemnités devront entrer en ligne de compte non seulement les dépenses, mais encore le préjudice plus spécial qui résulte d'un changement relatif à la fortune ou à la position sociale de l'autre fiancé, changement fait lui-même en prévision du mariage. Tel serait le cas par exemple d'une fiancée qui, devenue héritière sous la condition de demeurer dans telle ville, refuserait la succession qui lui échoit pour pouvoir rester avec son futur mari obligé d'habiter dans une autre ville.

VI. Enfin ces indemnités ne devront être la représentation des dépenses, des obligations contractées ou autres mesures prises, aux termes de l'article 1298 al. 2, qu'en tant qu'elles sont appropriées aux circonstances, ce qui est très équitable.

CHAPITRE VII

De la défloration

Avec les articles 1298 et 1299 nous avons étudié le fondement et les conditions des indemnités qui peuvent être dûes en réparation du dommage purement matériel causé à l'un des fiancés par la rupture injustifiée de l'autre ; avec l'article 1300 nous touchons au contraire aux indemnités qui peuvent être dues en réparation d'un dommage plus spécial, le dommage qui résulte pour la fiancée de la cohabitation anticipée des deux fiancés, préjudice moral dont la base est dans la dépréciation certaine subie par la jeune fille, c'est-à-dire en un mot dans la défloration.

Voici du reste, le texte de l'article 1300.

« Si une fiancée de conduite irréprochable a concédé à son fiancé le droit de cohabitation, elle peut, lorsque les conditions des articles 1298 et 1299 se trouvent réalisées, demander un dédommagement convenable en argent, même pour réparation d'un dommage autre que celui portant préjudice à sa fortune.

« Ce droit ne peut pas être transmis et ne passe

pas aux héritiers, à moins qu'il n'ait été reconnu par contrat ou qu'il soit litispendant ».

Ce n'est pas sans difficultés que ce texte fut voté. La première commission l'avait écarté ; mais la seconde le rétablit et nous pensons qu'il lui était bien difficile de faire autrement du moment qu'elle maintenait les articles 825 et 847 al. 2.

Ces articles disposent en effet :

Article 825. « Celui qui par ruse, menace ou en abusant de l'état de subordination dans laquelle une personne du sexe féminin se trouve vis-à-vis de lui, décide cette dernière à consentir à une cohabitation hors mariage, est obligé à lui réparer le dommage qui en résulte ».

Article 847 al. 2. « Ce même droit (à une indemnité) appartient à une personne du sexe féminin contre laquelle a été commis un délit ou un crime d'immoralité ou qui, au moyen de tromperie, de menaces ou d'abus d'un rapport de subordination, a été déterminée à une cohabitation hors mariage. »

La séduction entraîne donc la réparation du préjudice causé ; à plus forte raison était-il logique d'étendre ce principe à la séduction qui se produit entre fiancés, pour le cas où le séducteur a méchamment abandonné, après coup, sa fiancée.

C'est ce qu'a pensé la deuxième commission et elle a adopté le texte de l'article 1300.

D'après les termes mêmes de cet article les conditions suivantes devront être réunies pour son application.

1° Qu'il s'agisse, comme dans les articles 1298 et

1299, de fiançailles valables, rompues par la dédite injustifiée du fiancé ou par la dédite de la fiancée rendue nécessaire par la conduite coupable du fiancé.

2° Que la cohabitation ait eu lieu entre fiancés, unter Verlobten, et non avant les fiançailles.

3° Que la fiancée ait concédé à son fiancé le droit de cohabitation (dass eine Verlobte ihrem Verlobtem die Beiwohnung gestattet hat), c'est-à-dire qu'il y ait eu consentement de part et d'autre.

4° Que la fiancée ait été auparavant de conduite irréprochable (unbescholten). Peu importe donc qu'il s'agisse d'une jeune fille ou d'une veuve : le texte ne distingue pas.

5° Enfin qu'il y ait dommage soit matériel, comme dans les articles 1298 et 1299, soit immatériel. De ce dernier le fiancé doit une réparation équitable (eine billige entschädigung). C'est affaire au juge d'en déterminer les éléments après s'être fait une conviction par tous les moyens possibles. Du reste l'indemnité variera avec la fortune et l'état social des fiancés.

Ce droit de l'article 1300 est incessible et intransmissible, sauf les exceptions prévues par l'al. 2.

Tel est l'article 1300. Comme le dit M. Crétinon (*Organisation de la famille dans le nouveau Code allemand*): « Le législateur français n'aurait peut-être pas risqué cette formule, elle fleure la naïveté germanique. Et nos tribunaux qui accordent souvent des indemnités aux filles séduites, les considèrent comme des victimes dont la volonté a été forcée. Mais quant aux complaisances librement consenties, chez nous

elles ne paraîtraient pas matière à dédommagement. Il y a bien là une nuance différente dans la psychologie de chacune des deux nations » (1).

(1) Réforme sociale, t. II, 1901 p. 160. Un jugement du Tribunal de Bordeaux, du 1^{er} avril 1901 (Rec. Bordeaux, 280-1-1901) décide cependant qu'un homme commet une faute génératrice d'un préjudice quand il entretient des relations intimes avec une jeune fille dont la réputation ne paraît avoir jusque là soulevé aucune critique et qu'il abandonne sans souci de son avenir, après avoir été accueilli par elle et par ses parents à l'égal d'un fiancé.

CHAPITRE VIII

Dispositions testamentaires entre époux. Prescription

I. Un effet remarquable autant que particulier de la rupture des fiançailles se manifeste encore dans le cas de libéralités testamentaires d'un fiancé vis-à-vis de l'autre et dans le cas d'une convention d'hérédité entre eux.

Les articles 2077 al. 2 et 3 et 2279 al. 2 visent ces deux hypothèses. Ils disposent en effet :

Article 2077 al. 2 et 3 : « Une disposition de dernière volonté, par laquelle un fiancé testateur a avantagé l'autre fiancé, est sans effet, si les fiançailles ont été rompues avant le décès du testateur.

« La disposition n'est pas sans effet, lorsqu'il faut admettre que le testateur l'aurait aussi faite pour pareil cas ».

Art. 2279 al. 2. « Les dispositions de l'article 2077 s'appliquent à une convention d'hérédité faite entre époux ou fiancés, même dans le cas où un tiers serait avantagé. »

Ces dispositions, qui sont du reste analogues à celles de l'article 2077 al. 1 (1) relatives aux dispositions, concernant les libéralités testamentaires entre époux, reposent sur cette idée, qu'elles doivent durer autant que les rapports personnels des fiancés et même produire leur effet après la mort du testateur ; mais que si les fiançailles viennent à être rompues avant la mort du testateur, les dispositions de dernière volonté par lesquelles ils se sont avantagés doivent disparaître avec elle. Le législateur reconnaît donc aux fiancés, comme aux époux, en vertu des rapports personnels et intimes qui les unissent, le droit de se faire des libéralités particulières ou générales ; mais il estime également qu'il faut protéger les fiancés pour le cas où ce motif « de leur générosité » viendrait à faire défaut. La rupture des fiançailles de même qu'elle fait naître au profit des fiancés le droit de réclamer les cadeaux échangés (art. 1301) doit faire disparaître également toute espérance à un avantage pécuniaire futur.

En général celui qui aura ainsi avantagé son fiancé aura le temps encore, après la rupture des fiançailles, d'annuler ces libéralités ; mais il peut arriver aussi, en cas de mort subite par exemple, qu'il ne le pourra pas. Il était utile dans ce cas, que les articles 2077 et 2279 lui

(1) Art. 2077, al. 1. « Lorsque le testateur, par disposition de dernière volonté, a avantagé son conjoint, cette disposition est sans effet, si le mariage est nul ou s'il a été dissous avant le décès du testateur. Il faut assimiler à la dissolution du mariage le cas où le testateur à l'époque de son décès, avait le droit d'introduire la demande en divorce pour une faute de son conjoint, et avait introduit la demande en divorce ou en cessation de la vie commune conjugale (séparation de corps). »

viennent en aide et empêchent l'enrichissement de son fiancé que rien ne justifie plus.

II. L'hypothèse dans laquelle se place l'al. 2 de l'article 2077 est celle de la rupture des fiançailles survenant avant la mort du testateur. Alors les libéralités de dernière volonté seront sans effet. Peu importe que les fiançailles prennent fin par un accord synallagmatique, la dédite de l'un ou l'arrivée d'une condition résolutoire ou d'un terme. Il est même indifférent que les fiançailles se terminent par la conclusion du mariage : la libéralité, comme le remarque judicieusement Planck (1), faite au fiancé, plus tard époux, pourra devenir inefficace par application de l'article 2077, al. 1. Si maintenant la rupture arrive par la mort du fiancé avantagé, elle tombera également par application des articles 1923 al. 1 et 2160 qui établissent que pour recevoir une succession ou un legs, il faut être en vie au moment du décès du *de cuius* (Erbsall).

Même si la rupture est occasionnée par la faute de l'une des parties, la libéralité sera sans effet. Si c'est le testateur qui, par sa conduite, a obligé son fiancé à rompre, ce dernier ne pourra que réclamer une indemnité en vertu de l'article 1299.

III. L'article 2077 al. 2 s'applique au cas de rupture de fiançailles véritables, mais il ne s'applique pas au cas où elles sont nulles, n'existent même pas de fait. Dans ce cas la libéralité de dernière volonté pourra

(1) PLANCK : Op. c., v. V, p. 242.

être attaquée en vertu de l'article 2078 al. 2 (1) si cette action en nullité est possible, si le testateur a été déterminé à faire cette libéralité par la supposition erronée, où il était, de la réalisation d'une circonstance. Par exemple, le testateur se serait engagé dans des fiançailles nulles en choisissant une personne déjà mariée. Il avantage cette personne par testament, il était dans la supposition erronée que la personne avantagée lui était fiancée et si cette erreur a été la cause déterminante de la libéralité, il peut faire annuler cette dernière (2).

IV. D'après l'al. 3 de l'article 2077, les libéralités testamentaires ne seront pas inefficaces lorsqu'il est établi que le testateur les aurait également faites pour le cas où la rupture arriverait avant sa mort, c'est-à-dire s'il était établi qu'il n'a pas été déterminé par la considération de son mariage prochain avec la personne avantagée.

S'il y a doute à ce sujet la question sera tranchée par le juge qui formera sa conviction en étudiant les diverses circonstances de la cause comme surtout la manière dont est survenue la rupture.

V. Ce que nous venons de dire pour les dispositions de dernière volonté doit également s'entendre des conventions d'hérédité, même au profit d'un tiers, article 2279, al. 2.

(1) Art. 2078 al. 2 «... (Une disposition de dernière volonté est annulable)... lorsque le testateur a été déterminé à faire cette disposition, soit par la supposition ou l'attente erronées de la réalisation d'une circonstance, soit illégalement par menaces. »

(2) PLANCK : Op. c. V^e V., p. 246.

Prescription. — Nous ne ferons que transcrire ici l'article 1302, relatif à la prescription suffisamment explicite par lui-même.

Article 1302 : « Les droits mentionnés aux articles 1298 à 1301 se prescrivent par deux ans, à partir de la rupture des fiançailles. »

En cas de doute sur le point de départ de la prescription ce sera au juge à trancher la question.

CHAPITRE IX

Compétence en matière de fiançailles. Mesures transitoires

Le Code civil n'a apporté aucun changement à la compétence exclusive des tribunaux civils en matière de fiançailles. Cette compétence est réglée par l'article 76 de la loi d'empire du 6 février 1875 (« Dans les procès relatifs au mariage et aux fiançailles, les Tribunaux civils sont exclusivement compétents. Les juridictions ecclésiastiques ou confessionnelles n'ont aucune compétence ») et l'article 15, al. 3 de la loi constitutionnelle de l'empire. (« La décision d'une juridiction ecclésiastique dans les affaires temporelles n'a pas d'effets civils. Cela s'entend en particulier pour le mariage et les fiançailles »).

La compétence *ratione materiae* et *ratione loci* s'établit donc d'après les règles générales. Pour les actions relatives à l'existence ou à la non existence d'un contrat de fiançailles comme pour celles relatives au non paiement des indemnités prévues par les articles 1298, 1299 et 1300, en dehors du Gerichtstand est

compétent le Tribunal du lieu d'exécution (das Gericht des Erfüllungsortes).

Dans le droit en vigueur jusqu'à nos jours, il n'est pas douteux que ce Tribunal était compétent. Maintenant telle est l'opinion généralement admise. Le Reichsgericht, après avoir varié plusieurs fois, semble pencher vers cette opinion. Le lieu d'exécution des fiançailles est le domicile matrimonial, c'est-à-dire le lieu où les fiancés ont voulu établir leur communauté d'existence (1). Cette opinion nous paraît bien fondée car la vie commune est le but des fiançailles et l'établissement de cette communauté d'existence est bien l'exécution de la promesse de mariage. Il est donc naturel qu'en cette matière le Tribunal du domicile matrimonial soit compétent.

II. *Mesures transitoires.* — Le nouveau C. c. all. n'a édicté aucune mesure transitoire, particulière aux fiançailles. Comme elles participent de la nature obligatoire du contrat, on devra en conséquence appliquer l'article 170 de la loi d'introduction du Code civil ainsi conçu : « Pour une obligation née avant l'entrée en vigueur du C. civil, les lois antérieures sont maintenues. »

(1) R. G. Ents. i. C. S. V^o 7, p. 333. — V^o 29, p. 98. — V^o 20, p. 333.

DEUXIÈME PARTIE

Les Fiançailles en Suisse

INTRODUCTION

Avant 1848, la Suisse n'était qu'une *simple Confédération* dont chacun des Etats avait seul le droit de légiférer, ce qui explique la diversité de législations que l'on y rencontre encore de nos jours. Mais quand en 1848, elle se constitua en Etat fédératif, la pensée vint d'attribuer au gouvernement fédéral les pouvoirs nécessaires pour l'unification de certaines parties du droit, surtout du droit commercial, dont le besoin se faisait vivement sentir (1). Quelques-uns même demandaient l'unification totale du droit, et la révision de la Constitution étant à l'ordre du jour, ils réussirent à en faire inscrire le principe dans le projet de 1872. C'était un vœu prématuré : le projet de 1872 fut rejeté comme trop centralisateur.

(1) Un projet de Code de commerce a été élaboré de 1862 à 1865.

Cependant en 1874, une entente se fit entre les fédéralistes et les centralisateurs. La Constitution fédérale adoptée cette année-là, permit l'unification du droit civil, relativement à certaines matières seulement :

Article 64 : la capacité civile, le commerce et les transactions mobilières, la propriété littéraire et artistique, la poursuite pour dettes et la faillite.

Article 53 et 54 : La Confédération a le droit de légiférer sur l'organisation des registres de l'état-civil, le mariage et le divorce (1).

Mais en dehors de ces matières, le droit civil reste soumis aux législations cantonales, par conséquent donc le droit de famille (sauf le mariage, le divorce et la légitimation par mariage subséquent), les successions et les donations, les droits immobiliers.

Cet état de choses était et est encore une source continuelle de difficultés, de conflits intercantonaux (2), aggravés en outre par la mise en vigueur des diverses

(1) Les art. 53, 54 et 64 de la Constitution fédérale de 1874, ont reçu leur exécution par :

1° La loi féd. du 24 déc. 1874, sur l'état civil et le mariage ;

2° La loi féd. du 22 juin 1881, sur la capacité civile ;

3° Le Code féd. des obligations du 14 juin 1881 ;

4° La loi féd. du 23 avril 1883, sur la propriété littéraire et artistique ;

5° La loi féd. du 11 avril 1889, sur la poursuite pour dettes et la faillite.

(2) Ces conflits intercantonaux éclataient surtout au sujet des Suisses établis, c'est-à-dire domiciliés en Suisse mais hors de leurs cantons d'origine. Est-ce à la loi d'origine ou à celle du domicile qu'il fallait donner la préférence ? La l. féd. du 25 juin 1891, en vigueur le 1^{er} juillet 1892 est venue régler les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour : elle donne la préférence à la loi du domicile mais avec de nombreuses exceptions. Cette loi ne peut donner entière satisfaction : elle ne peut être que provisoire.

lois fédérales votées conformément aux articles 53, 54 et 64 précités, ces derniers conflits résultant de la coexistence de législations cantonales et de lois fédérales (surtout du Code fédéral des obligations).

La Société suisse des juristes, frappée de ces difficultés, émit dès 1884, sur la proposition de M. le conseiller fédéral Ruchonnet, un vœu « tendant à provoquer une étude comparée complète des législations civiles des États de la Suisse, en vue de rechercher essentiellement quelles sont leurs dispositions communes et, d'autre part, quelles sont les divergences qui existent entre elles, les causes et les raisons d'être de ces divergences et tendant à solliciter pour cette étude qui devait servir de base à l'unification du droit, la collaboration et l'appui de la Confédération (1) ».

Ce vœu fut bien accueilli par le Conseil fédéral et l'étude comparée qui en faisait l'objet fut confiée au professeur Eugène Huber. Ce dernier s'acquitta de sa tâche avec beaucoup de célérité, si bien qu'en 1893 paraissait le quatrième et dernier volume de son œuvre, intitulée : *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts* (2) dont nous nous sommes principalement servi dans l'étude des législations cantonales qui va suivre.

Mais là s'arrêtait le pouvoir du Conseil fédéral ; une révision constitutionnelle s'imposait donnant à la

(1) MENTHA : Avant-proj. de C. civ. suisse, étude publiée dans le *National suisse*. La Chaux-de-Fonds, 1901, p. 6 et 7.

(2) Les trois premiers volumes ont paru successivement en 1886, 1888 et 1889, à Bâle, librairie Détloff. Le dernier de 1893 est daté de Berne.

Confédération le droit de légiférer sur l'ensemble du droit civil. Cette réforme eut lieu le 13 novembre 1898.

Cependant avait été confié à M. Huber le soin de rédiger un projet de Code civil suisse. Ce projet parut deux ans seulement après la révision de la Constitution.

En résumé, les matières du droit civil sont réglées actuellement en Suisse *soit par les diverses législations cantonales, soit par les lois fédérales déjà en vigueur*. Les fiançailles appartiennent encore au droit cantonal car la loi fédérale sur l'état-civil et le mariage ne s'en occupe pas. Mais elles peuvent engendrer des obligations et par là avoir des rapports avec le droit fédéral, car les obligations sont déjà régies par un Code fédéral. Enfin, elles sont prévues dans le projet d'un Code civil suisse, qui sera bientôt, nous avons tout lieu de le croire, le Code civil suisse.

De là, la division de notre deuxième partie en trois chapitres :

Le *premier* consacré à l'examen des diverses législations cantonales édictant des règles relatives aux fiançailles.

Le *deuxième* aux rapports des fiançailles avec la loi fédérale sur l'état-civil et le mariage et le Code fédéral des obligations.

Et le *troisième* aux fiançailles dans le projet d'un Code civil suisse.

CHAPITRE I

Les Fiançailles dans le Droit cantonal.

Les législations cantonales peuvent se diviser en quatre groupes :

1^{er} Groupe. — Les législations qui ont pris pour modèle le Code civil de Zürich par Bluntschli ou qui en ont été plus ou moins directement influencées.

2^e Groupe. — Celles qui se sont inspirées du Code civil autrichien.

3^e Groupe. — Les législations de la Suisse romande.

4^e Groupe. — Enfin les législations non codifiées.

C'est cet ordre que nous allons suivre. De là quatre paragraphes.

I. — GROUPE DES LÉGISLATIONS MODELÉES SUR LE C. C. DE ZÜRICH

Zürich

Le Code qui régit actuellement le canton de Zürich date de 1887. Ce n'est au fond que le Code de Bluntschli (1854) révisé et adapté à l'état de choses nou-

veau créé par l'entrée en vigueur des grandes lois fédérales de 1881.

Mais avant d'étudier ce code, l'un des plus importants de la Suisse, il nous paraît utile de suivre la théorie des fiançailles à travers les diverses lois matrimoniales qui se sont succédées dans le canton de Zürich, pendant le cours du siècle dernier.

Loi matrimoniale de 1804. — Les fiançailles y sont définies : l'engagement de contracter mariage. L'effet de cet engagement est de créer entre les fiancés un rapport juridique personnel et obligatoire. La rupture fait encourir une amende, mais qui doit être assez modérée. Enfin les fiançailles sont un obstacle à la conclusion d'un mariage autre que celui projeté ; même les « promis » pour pouvoir contracter de nouvelles fiançailles doivent prouver la dissolution des premières qui ne peut du reste arriver que par séparation volontaire ou par la mort de l'un des fiancés.

2^e Loi matrimoniale de 1811. — Cette loi traite des fiançailles parmi les conditions nécessaires à la validité du mariage.

Les fiançailles établissent un rapport de famille analogue à celui du mariage, quand elles sont régulières c'est-à-dire quand elles ont été faites devant deux témoins dont l'un au moins ecclésiastique ou qu'elles ont été inscrites sur les registres de l'église. Les fiancés sont libres de se dédire mais ils doivent notifier leur dédit au curé pour qu'il puisse tenter une conciliation. Il n'y a pas lieu à dommages intérêts quand les motifs de dédit invoqués sont sérieux. L'impossibilité du mariage projeté, une opposition à ce mariage, la

brutalité ou la débauche de l'un des fiancés, ses infirmités, ses relations suspectes, son changement de religion sont par exemple des motifs suffisants de dédite. La rupture des fiançailles entraîne la restitution des cadeaux, le paiement des frais du procès, de l'amende et des dommages-intérêts s'il y a lieu.

3° Malgré ses attaches avec l'ancien droit, on trouve déjà, dans cette loi de 1811, la règle de la *liberté de dédite des fiançailles*, règle que nous rencontrons encore dans les projets Bluntschli de 1844 et 1853. Les fiançailles sont considérées (au surplus) dans ces projets comme établissant un *rapport de famille spécial* dont l'exécution ne peut être exigée ni directement par une action en justice ni indirectement par une clause pénale. La rupture est une offense morale. Les fiancés ont un droit de succession réciproque. Enfin les enfants de fiancés ont la même situation que les enfants légitimes, sauf cette réserve cependant que le père ne peut en obtenir immédiatement la tutelle.

4° Ces idées se retrouvent encore dans le *Code de 1854*.

5° *Code de 1887*. — a) « Les fiançailles par lesquelles un homme et une femme non mariés s'engagent à s'épouser créent entre eux une relation de famille spéciale (1) », dit l'article 576. Mais pour cela il faut qu'elles soient valables, c'est-à-dire, article 577, qu'elles reposent sur le consentement libre et personnel des deux parties et que le mariage qu'elles ont pour but d'établir soit licite.

(1) Traduction de M. Ernest LEHR.

b) Aucune forme particulière n'est prescrite par la loi pour la validité des fiançailles mais il n'en est pas de même pour les modes de preuve. Lorsque l'un des « intéressés (1) » conteste l'existence des fiançailles, celles-ci ne sont considérées comme efficaces que lorsque certains faits prescrits sont prouvés, faits en dehors desquels la volonté des parties ne saurait être libre dans l'idée du législateur. Ces faits sont d'après l'art. 578 :

La reconnaissance écrite émanant de celle des parties qui conteste l'existence des fiançailles ; l'attestation de la famille de la partie contestante que les fiançailles ont été portées à sa connaissance (2) ;

La preuve que les parties se sont conformées aux usages et coutumes en matière de fiançailles, l'échange d'anneaux par exemple ;

Enfin la conduite et l'attitude habituelle des parties pendant un temps prolongé mettant hors de doute l'existence des fiançailles.

c) L'interprétation de ces mots « usages et coutumes habituels en matières de fiançailles » a nécessité plusieurs fois l'intervention des tribunaux. La jurisprudence en cette matière, distingue entre les diverses classes de la société : les fiancés appartiennent-ils à la classe élevée de la société, l'échange d'anneaux (3), l'en-

(1) Cette expression vise le cas où les fiançailles ne sont contestées que d'un seul côté (ULLMER, Comm. I. p. 35. SCHNEIDER, Comm., art. 578).

(2) V. la note de M. LEHR sous l'art. 578, d'après laquelle la famille ne peut être contrainte de déposer contre l'un de ses membres. (C. de proc. art. 458).

(3) Il n'est pas nécessaire que l'anneau ait la forme de la bague, dite alliance. L'art. 578 s'applique également à la bague ornée de

voi de cartes s'imposent comme modes de preuves de fiançailles ; les fiancés appartiennent-ils aux basses classes de la société, ces modes de preuves font ordinairement défaut et sont remplacés par le fait de la présentation de l'un des fiancés aux parents et amis de l'autre, par la publication des bans, par exemple. Par contre le simple consentement de l'un des fiancés à ce que l'enfant de l'autre soit déclaré comme *enfant de fiancé* n'est pas suffisant pour prouver l'existence des fiançailles (1).

d) L'article 579 reconnaît aux fiancés le droit de se dédire librement ; par suite une action en célébration du mariage, basée sur une semblable promesse, est irrecevable. Toute clause pénale est nulle.

e) Mais si chacun des fiancés est libre de se dédire, il ne doit pas néanmoins le faire sans motifs suffisants art. 581.

f) En l'absence de motifs sérieux, le fiancé qui se dédit s'expose à une action en dommages et intérêts de la part de son co-fiancé. Ces dommages-intérêts (Schadenersatz) sont la réparation du préjudice réel et effectif dont l'autre partie a été victime, en un mot du *damnum emergens*. « Ce préjudice doit être établi, mais il appartient au juge d'en déterminer le *quantum* (2) ». Ce dernier doit prendre en considération les dépenses faites, les obligations contractées en vue du mariage. En somme, pour nous servir de la formule

pierres précieuses (Urteil der appellationskammer du 26 septembre 1896. Blatter für Handelsrechtl. Entsch. XV, p. 291.

(1) ULLMER : Comm. I p. 35 ; SCHNEIDER : Comm. art. 578, n. 4.

(2) BLUNTSCHLI : Comm. art. 68, n. 4, *in fine*.

de l'Appellationskammer (1), « celui qui se dédit sans motifs est obligé de rétablir l'autre partie dans la situation pécuniaire où elle eût été si les fiançailles n'avaient pas été conclues. »

Le tuteur même de la victime a le droit d'agir à sa place, mais de son consentement et de son vivant vu la nature spéciale et personnelle des fiançailles.

En l'absence de texte, un tiers ne peut demander des dommages-intérêts pour les dépenses qu'il a faites. Il ne pourrait le faire qu'en basant sa réclamation sur l'art. 71 du C. des obligations (2).

g) En dehors des dommages-intérêts une indemnité, une satisfaction personnelle (*Genugthuung*), peut être dûe. Elle est la réparation de la « blessure faite aux sentiments et à la considération d'une personne (3) ». Elle est prévue par l'art. 581, al. 2.

Pour que cette indemnité soit accordée, il faut qu'il y ait tort moral, ce qui a lieu, d'après la jurisprudence des tribunaux du canton de Zurich, quand le fiancé fidèle n'a donné à l'infidèle aucun motif de rupture et quand ce dernier ne peut invoquer aucun motif sérieux de sa conduite. Il est inutile que la rupture revête une forme injurieuse (4). Enfin le montant de cette indemnité est fixé par le juge qui doit

(1) Urteil vom 20 janvier 1894, *Rechenschaftsbericht*, n° 181.

(2) Art. 71, « on est tenu, en particulier, de restituer ce qu'on a reçu sans cause, en vertu d'une cause qui n'est pas réalisée, ou en vertu d'une cause qui a cessé d'exister. » C. féd. des oblig. de Ch. SOLDAN.

(3) BLUNTSCHLI : *Comm. n.*, sous l'art. 68.

(4) Urteil der Appellationskammer du 20 janvier 1894, *Rechenschaftsbericht*, n° 180.

tenir compte de la fortune et de la position des parties.

h) Comme conséquence de la rupture injustifiée des fiançailles, son auteur est tenu, article 581, d'abandonner au fiancé fidèle les cadeaux qu'il lui a faits durant les fiançailles.

i) Les rapports des fiancés sont entièrement personnels, ce qui résulte de l'article 582, ainsi conçu : « L'action en restitution des présents, en dommages-intérêts ou en indemnité, s'éteint si la partie à qui elle compétait, meurt avant de l'avoir intentée et se prescrit par six mois à partir de la rupture (1) ».

j) L'article 898 détermine les droits héréditaires des fiancés l'un par rapport à l'autre en cas de prédécès de l'un d'eux. Le survivant recueille les présents faits au prémourant pendant les fiançailles et, en l'absence de descendants légitimes de ce dernier, *il a droit au dixième de sa succession* (2).

k) Les enfants de fiancés prennent, quand la paternité du fiancé est reconnue ou établie judiciairement, le nom et la bourgeoisie du père (art. 686). Ils héritent et sont hérités comme des enfants légitimes (art. 892).

l) Enfin, nous devons signaler l'al. 2 de l'article 698 qui apporte, en faveur des fiancés, une exception à la règle établie dans l'al. 1 de l'art. 698 et décidant qu'une

(1) En cas de rupture non formellement déclarée, il appartient au juge de fixer le point de départ de la prescription.

(2) Ce droit héréditaire des fiancés nous semble être la conséquence de l'assimilation des fiançailles au mariage, faite par le Code civil de Zürich. Cette assimilation est apparente dans la rubrique du chapitre II, livre V, ainsi conçue : « Du droit héréditaire des fiancés et des époux. » De même l'art. 893 débute ainsi : « Le fiancé ou l'époux survivant... »

action en constatation de paternité ne peut être intentée que *durant la grossesse de la mère*. Les fiancés, au contraire, ont *encore six semaines* à partir de la naissance de l'enfant pour intenter cette action.

Schaffhouse

Les fiançailles sont régies dans le canton de Schaffhouse, par les articles 58 à 68 du Code civil de 1865, sous la rubrique : « Droit de famille ». Nous y retrouvons à peu près les mêmes règles que dans le canton de Zurich, sauf quelques différences légères. Les principales de ces différences portent : *a)* sur l'indemnité (1) (Genugthuung) due en cas de rupture injustifiée des fiançailles. Cette indemnité peut varier entre 50 et 5.000 fr. et même être portée dans certains cas à 20.000 fr.; *b)* sur l'absence de droit héréditaire du fiancé survivant à la succession du prédécédé (droit du dixième).

Zoug

La loi cantonale de Zoug date de 1861. Les fiançailles y font l'objet des art. 24 et 25.

1^o Aucune définition des fiançailles n'est donnée; mais ces dernières pour être valables doivent avoir été conclues en présence du curé ou du pasteur et de deux témoins.

Evidemment, cette condition n'est plus en harmonie

(1) Seront pris en considération pour la fixation de l'indemnité, la répudiation brutale, sans égards, de la fiancée, son abandon injustifié, une grave atteinte à l'honneur, etc., par ex.

avec l'article 25 de la loi sur l'état civil et le mariage.

Aussi les Tribunaux, malgré quelques hésitations, décident-ils à présent que les fiançailles sont valables bien que conclues hors la présence du curé ou du pasteur (1);

2^o La demande en exécution des fiançailles, c'est-à-dire la demande en conclusion du mariage n'est pas recevable. Il y a lieu, toutefois, à la restitution des cadeaux et à des dommages-intérêts en cas de rupture sans motifs sérieux. Le quantum des dommages-intérêts doit être proportionné à l'état de fortune et aux torts des parties;

3^o La demande de dommages-intérêts est personnelle. Elle se prescrit par trois mois à partir de la rupture des fiançailles.

Grisons

Le Code civil des Grisons date de 1862. C'est « une œuvre originale, dont l'auteur, M. Planta, aussi versé dans la connaissance du Droit romain et des législations étrangères que dans celle des nombreux coutumiers en vigueur dans son canton, s'est appliqué à faire une sorte de transaction entre les deux courants juridiques qui se partagent la Suisse... (2).

1^o Le projet de C. c. adopté en mars 1862, exigeait comme conditions de la validité des fiançailles :

Le libre consentement des fiancés.

Leur âge de 16 ou 18 ans.

(1) Entscheidung des O. G. du 28 décembre 1895, v. note de M. Zihlmann, p. 53 de son ouvrage. Der Verlöbnissbruch im modernen Recht.

(2) LEHR: Introd. au C. c. de Zürich, p. XXVI et XXVII.

La réunion des qualités exigées par le Droit canon et le Droit protestant pour le mariage (1).

Le consentement des parents des fiancés mineurs (art. 21, abrogé et remplacé par les art. 26 à 28 de la l. féd. sur l'état civil et le mariage).

2° Dans le code actuel, ce sont les articles 20 à 26 qui traitent la question des fiançailles. L'article 20 les définit, « les promesses faites réciproquement par deux personnes de sexe différent de s'unir en mariage » (2) et l'article 22 décide qu'en cas de contestation, elles seront prouvées par l'écrit émanant de celui qui les dénie ou par la déclaration « par au moins un témoin idoine que la partie contestante lui a avoué l'existence des fiançailles ou que celles-ci ont eu lieu en sa présence. »

3° Les fiançailles ne font pas naître une action en conclusion du mariage « mais seulement un droit à indemnité et à restitution des cadeaux si la partie qui veut les maintenir n'a pas donné à l'autre un motif suffisant de rupture. Dans ce cas, le demandeur peut aussi conserver les cadeaux par lui reçus » article 24.

La clause pénale ne semble pas être exclue pour le

(1) Cette condition est abrogée par la l. féd. sur l'état civil et le mariage art. 25, al. 2.

Les conditions de validité des fiançailles en Dr. canon et protestant étaient :

1° Le célibat, à propos duquel les deux religions s'entendaient, de sorte que, nulle personne mariée, même divorcée, ne pouvait se fiancer aussi longtemps que vivait son conjoint;

2° La possibilité du mariage projeté;

3° L'absence d'un degré très proche de parenté ou d'alliance entre les fiancés. Planta, Comm. art. 21, n. 2.

(2) Trad. de La Grosserie.

cas de non exécution de la promesse de mariage, s'il faut en croire un jugement du Tribunal cantonal du 24 novembre 1886 se basant sur l'article 16 du c. féd. des oblig. (1).

4° Quels sont les motifs suffisants dont parle l'article 24? Le texte ne nous le dit pas; ils sont donc laissés à l'appréciation du juge.

5° Pour la fixation de l'indemnité, elle est faite, article 25 « tant d'après le dommage souffert ou l'affront résultant de la rupture que d'après la fortune et la position sociale des fiancés ». Sur ce point le Code des Grisons est en harmonie avec le Code de Zürich. Cependant ce dernier distingue dommages-intérêts et indemnité, ce que ne fait pas le Code des Grisons. Aussi l'évaluation du préjudice matériel subi et celle du tort moral devront être faites ensemble et réunies pour ne former qu'une seule somme.

6° En cas de grossesse de la fiancée, si elle est de bonnes mœurs et affirme avoir conçu postérieurement à une promesse de mariage, si de plus les circonstances confirment son dire, le juge peut déroger aux modes de preuve de l'article 22 et avoir recours, en cas de besoin, « au serment supplétoire en supposant toutefois que le défendeur ait avoué être l'auteur de la grossesse, ou qu'il en ait été reconnu l'auteur par le

(1) Entsch. des Kantonsgericht vom 24 XI 1886. Revue V, n° 69. L'art. 16 du C. f. des obl. dit que pour apprécier un contrat, il faut rechercher la commune intention des parties. Or ce que les fiancés peuvent se réclamer en cas de rupture, art. 24 et 25 du C. des Grisons, ils peuvent le prévoir en même temps qu'ils se promettent le mariage. Du reste l'art. 182 du C. féd. des oblig. permet au juge de tempérer une taxation exagérée.

Tribunal compétent pour statuer sur la paternité », d'après l'article 23.

7° Les actions qui naissent de la rupture des fiançailles se prescrivent par un an à partir de la rupture formelle, d'après l'article 24 al. 2.

8° Elles ne sont pas transmissibles aux héritiers de l'ayant-droit, article 24 al. 2 in fine.

9° Enfin si les fiancés n'ont pas un droit de succession réciproque, du moins ils peuvent se laisser par legs — comme les conjoints et sous les mêmes conditions qu'eux — l'usufruit de leurs biens. C'est ce que dit l'article 511 al. 4.

Glaris

Le Code civil en vigueur actuellement dans le canton de Glaris date de 1870. Les fiançailles y sont l'objet des articles 144 à 147.

1° L'article 144 parle des fiançailles comme d'une « promesse entre deux personnes qui ont droit à la conclusion du mariage ».

2° On ne peut en vertu des fiançailles exiger la célébration du mariage. Toutefois des dommages-intérêts peuvent être dus en cas de rupture unilatérale injustifiée.

3° L'action en dommages-intérêts n'est recevable que si les fiançailles dont elle est la conséquence sont juridiquement démontrées. Elles ne peuvent l'être du reste que par certains modes prescrits dans l'article 144. Ce sont :

La reconnaissance écrite du fiancé qui conteste les fiançailles ;

Les attestations des témoins ;

L'observation des usages et coutumes en matière de fiançailles ;

La conduite des fiancés ;

Enfin la déclaration par un témoin que les fiançailles lui ont été annoncées.

L'article 144 va ainsi plus loin que l'article 578 al. 2, du C. de Zürich. Néanmoins ces deux Codes sont en harmonie pour l'évaluation des dommages-intérêts, de l'indemnité et pour la prescription.

4° L'enfant de fiancé prend le nom et la bourgeoisie du père (art. 200) et lorsque la paternité du fiancé est reconnue ou prouvée il est assimilé en toutes choses à l'enfant légitime (art. 173).

5° En cas de mort de l'un des fiancés, le survivant a droit aux cadeaux de fiançailles qui ont été offerts au prémourant, s'ils existent encore en nature de même que dans le code zurichois et en outre si le prémourant n'a pas d'héritiers légitimes, le survivant a droit au tiers de la succession (art. 274).

6° Enfin l'action en constatation de paternité peut encore être intentée quatre semaines (six à Zurich) après l'accouchement s'il existe des fiançailles entre l'accouchée et l'auteur de la grossesse.

Thurgovie.

Le Code civil du canton de Thurgovie date du 11 avril 1860 ; il a été révisé le 3 mars 1885. Les articles 25 et 35 traitent la matière des fiançailles.

1° La définition des fiançailles dans le C. de Thurgo-

vie est identique à celle du canton de Zurich (art. 25).

Elles reposent sur le consentement libre et personnel des fiancés majeurs ou, s'ils sont mineurs, sur le consentement du tuteur légal (art. 26 à 27).

2° La preuve de l'existence des fiançailles se fait soit par une déclaration à l'officier de l'état civil, soit par écrit émanant de la partie qui les conteste. En outre l'officier de l'état civil est obligé d'en dresser procès-verbal, article 28 et 29. La preuve est ainsi bien plus difficile que dans le canton de Zurich.

3° La liberté de la rupture est assurée soit par la défense d'intenter une action en conclusion du mariage, soit par la défense d'une clause pénale.

4° Le montant de l'indemnité dûe en cas de rupture injustifiée est laissé à l'appréciation du juge qui doit tenir compte du dommage matériel comme du tort moral subis par le demandeur (art. 34). Il y a lieu également à la restitution des cadeaux.

5° La prescription est la même qu'à Zurich.

6° Enfin les articles 221 et 222 règlent la situation des enfants de fiancés et leurs droits de succession de la même manière que les articles 686 et 688 du C. de Zurich.

II. — GROUPE DES LÉGISLATIONS CANTONALES INFLUENCÉES OU MODELÉES SUR LE CODE AUTRICHIEN

Berne

1° Le Code civil du canton de Berne date de 1824. Il a été plusieurs fois modifié depuis. Il considère les fiançailles comme « une promesse provisoire, placée

sous les lois de la moralité et de l'honneur » (Satzung 47). Elles n'engendrent aucune action en conclusion du mariage.

2° Des dommages-intérêts peuvent être dûs en cas de rupture injustifiée. Mais il faut que les fiançailles aient été soumises aux formalités prescrites par la loi. Ce sont : la conclusion en présence d'un notaire et de deux témoins ou la publication de bans faite du consentement des deux intéressés. (Satz. 48) (1).

3° C'est au juge qu'il appartient de déterminer le quantum des dommages-intérêts et de l'indemnité en tenant compte tant de la valeur du motif de rupture invoqué par le fiancé qui se dédit que des « espérances déçues » de l'autre fiancé (Satz. 49) (2).

4° Le juge pouvait même, suivant les circonstances, punir le fiancé qui se dédit sans motifs sérieux, de quatre à vingt jours de prison. C'était une des rares exceptions où un Tribunal civil pouvait infliger directement une condamnation pénale (3). Cette disposition (Satzung 48 in fine) n'est du reste plus en vigueur.

(1) Cet art. exigeait encore d'autres formalités relatives aux personnes en tutelle (tutelle des femmes) et au consentement des personnes qui ont droit de faire opposition au mariage. Mais ces dispositions ont été abrogées par les lois féd. sur la capacité civile, l'état civil et le mariage et le C. des oblig.

(2) V. NIGGELER et VOGT, Bern. Civilrecht, Personenrecht, p. 66, Satz. 47 et suiv.

(3) V. à ce sujet la n. 2 p. 68, Der Verlobnissbruch im modernen Recht de HANS ZIHLMANN (thèse pour le doctorat).

Lucerne

Le C. c. de 1839 actuellement en vigueur dans le canton de Lucerne ne contient que très peu de dispositions relatives aux fiançailles. Entre autres des dispositions réglant les rapports des fiancés en cas de rupture manquent totalement. On est obligé ainsi d'avoir recours à la jurisprudence. D'après cette dernière, il n'y a dommage que si la rupture injustifiée succède à une publication de bans. De plus celui qui se dédit doit être mis en demeure avant d'être condamné. Enfin, il n'est tenu compte pour l'évaluation des dommages-intérêts que du *damnum emergens*, du dommage matériel et non du tort moral (1).

Quant aux autres prescriptions législatives comme celles relatives aux conditions de validité des fiançailles — l'âge de 18 ou 20 ans, le consentement du père ou du tuteur, la conclusion en présence de deux témoins — elles ont été abrogées implicitement par la loi fédérale de 1874 sur l'état civil et le mariage.

Soleure

1^o L'article 79 du C. c. de 1841 définit les fiançailles « la promesse provisoire de deux personnes de se marier ensemble ». Elles créent un rapport de famille analogue à celui du mariage, article 80.

2^o Pour la validité des fiançailles, il faut, article 81 :

(1) Obergericht 1^{er} déc. 1877. *Zeitschrift des bernischer juristensvereins*, XIV. p. 441 ; Obergericht 29 déc. 1897 ; LINDENMEYER, les fiançailles, p. 149.

ou la présence des parties et de deux témoins de l'un ou de l'autre sexe devant le curé ou pasteur, ou le notaire; ou un acte écrit par les parties et à défaut, leur signature, celle des témoins, du curé ou pasteur, ou la promesse verbale faite devant le curé, mais dans ce dernier cas, la publication des bans doit être faite dans les 30 jours.

3° Quels sont les motifs de rupture « la loi ne le dit pas. L'appréciation de leur bien fondé est laissée à la conscience du juge (1). L'article 82 se borne à dire qu'il n'y a aucun moyen de contrainte pour arriver à la conclusion du mariage et que la rupture unilatérale est libre.

4° Le refus opposé par un fiancé pendant six mois après les fiançailles, de procéder à la célébration du mariage est considéré comme une rupture.

5° Pour l'évaluation des dommages-intérêts il faut prendre en considération les dépenses faites et frais divers, les pertes de temps, les profits injustifiés et les espérances déçues, donc le *lucrum cessans* (art. 82). Il faut, en outre, apprécier l'offense que cause la rupture (art. 83).

6° Les cadeaux doivent être restitués (art. 82).

7° La clause pénale est sans effet (art. 84).

8° A l'article 84, une loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1892 a ajouté la disposition suivante : « Si une personne a promis le mariage et qu'ensuite elle se retire sans motif elle peut être condamnée à payer des dommages-intérêts pour le tort qu'elle a causé. » Il

(1) REINERT : Commentaire, art. 83.

résulte de ce texte qu'aucune forme n'est exigée pour la validité des fiançailles. C'est aux parties intéressées à faire la preuve de leur existence et au juge à évaluer le montant des dommages-intérêts. La jurisprudence est du reste dans ce sens (1).

Argovie

Le C. civil actuellement en vigueur dans le canton d'Argovie est celui de 1847, dont les articles 45, 46 et 47, traitent la question des fiançailles.

1° L'article 45 définit ces dernières : « un contrat par lequel deux personnes de sexe différent se promettent réciproquement le mariage. »

2° Les promesses de mariage verbales n'ont aucune efficacité. Il faut qu'un acte ait été rédigé par écrit et signé de deux témoins, ainsi l'exige l'article 46, ainsi conçu : « Une promesse de mariage n'a d'effet obligatoire juridique que si elle a été conclue par deux personnes aptes à contracter mariage valable en présence de deux témoins et par écrit. La même efficacité est accordée à la publication de bans faites sur le désir des deux fiancés, de même que, s'ils appartiennent tous deux à la religion catholique, à la libre déclaration de leur consentement (2) ». Il n'est nul besoin d'une forme spéciale, notariée par exemple, pourvu

(1) Entsch. des Oberger. du 12 déc. 1895 et Entscheidung des Amtsgerichts Bucheggberg du 11 déc. 1895.

(2) Cette partie de l'article 46, relative aux fiançailles entre catholiques a été abrogée par l'article 25, al. 1 et 2 de la loi fédérale sur l'état-civil et le mariage.

qu'il y ait un écrit signé des fiancés et de deux témoins. Seraient valables également, pensons-nous, les fiançailles conclues devant l'officier de l'état civil.

3. Les fiançailles peuvent engendrer une action au profit du fiancé abandonné à la condition toutefois qu'il n'ait pas donné à l'autre un motif de rupture.

4. Les effets de cette action sont réglés par l'article 47 qui décide que « du caractère obligatoire et juridique d'une promesse de mariage naît, pour la partie qui n'a donné à l'autre aucun motif de rupture, le droit à opposition (1) et le droit de réclamer ou l'exécution de la promesse c'est-à-dire le mariage lui-même ou le paiement de ce qui a été convenu pour le cas de rupture (montant de la clause pénale) ou entière satisfaction. »

Il ressort donc de ce texte que la clause pénale est permise bien que l'on puisse considérer comme immorale l'entente de deux fiancés qui, loin de ne songer qu'à leur prochaine union prévoient encore le cas où elle n'aurait pas lieu et essaient prudemment de s'en garantir et d'en tirer profit (2).

Il ressort également de ce texte que le but principal de l'action est la conclusion du mariage. Mais comme depuis 1874, le mariage suppose le consentement libre, sans contrainte — directe ou indirecte — (art. 26 de la loi sur l'état civil), ce but ne peut plus être atteint, l'action tendra à faire accorder des dommages-intérêts au fiancé délaissé.

(1) Ce droit d'opposition n'existe plus depuis la loi précitée, note précédente (art. 34 de cette loi).

(2) LOTMAR : Der unmoralische Vertrag, p. 74, n° 130.

Ces dommages-intérêts seront la représentation du préjudice moral comme du préjudice matériel, du *lucrum cessans* comme du *damnum emergens*. (Argument des mots « Entière satisfaction, volle Genugthuung ») de l'article 47.

III. — GROUPE DES LÉGISLATIONS DE LA SUISSE ROMANDE

Genève

C'est le Code civil français qui régit encore le canton de Genève. Introduit dans ce canton quand Genève était le chef-lieu du département français du Léman, il s'y est conservé presque intact, sauf quelques légères modifications, malgré le rattachement en 1815 de Genève à la Confédération suisse. Les fiançailles n'y sont donc pas prévues et c'est l'article 1382, qui est appliqué, s'il y a lieu, en cas de rupture.

Depuis l'entrée en vigueur du C. féd. des oblig., le 1^{er} janvier 1882, ce sont les articles 50 et 55 qui règlent cette matière. Ils sont du reste analogues à notre article 1382.

Jura bernois

Ce que nous venons de dire pour Genève, nous devons simplement le répéter pour le Jura bernois. Depuis 1882, ce sont les articles 50 et 55 du C. féd. des oblig. qui sont appliqués.

Vaud

1. Le C. civil de 1821 s'écarte des principes du Droit français en matière de fiançailles. L'article 61 recon-

naît qu'elles peuvent faire naître une action en conclusion du mariage. Mais pour cela il faut que les fiançailles aient été conclues devant le juge de paix ou le notaire ou bien que l'annonce en ait été faite du haut de la chaire. Mais après la loi féd. sur l'état civil cet article 61 a été modifié (31 août 1875) ainsi qu'il suit :

« Une promesse de mariage ne donne action en droit que lorsqu'acte en a été dressé par l'officier de l'état civil, conformément à l'article 31 de la loi fédérale.

2. « L'effet de cette action est de contraindre au mariage la partie qui s'y refuse ou, si elle persiste dans son refus, de la faire condamner à des dommages-intérêts envers l'autre partie ».

La première partie de cet article renvoie ainsi à l'article 31 de la loi fédérale sur l'état civil qui dispose que « s'il résulte des déclarations et documents produits la preuve que les conditions prescrites (celles relatives à la publication des promesses de mariage art. 29 et 30) sont remplies, l'officier de l'état civil dresse l'acte de promesse de mariage et procède à sa publication . . ».

3. Le deuxième al. de l'article 61 fait l'application des articles 110, 113 et 116 du C. féd. des oblig. (2).

(1) C. c. du canton de Vaud de Bippert.

(2) C'est ce qui résulte d'un jugement du 5 déc. 1899 du Kantonsgericht, dans Journal des Tribunaux XXXVIII p. 102 et s. « Considérant que les dispositions des art. 110 et s. du C. o. correspondant à l'art. 852 C. c. (abrogé) sont applicables dans tout leur contenu à l'action prévue à l'art. 61 mod. C. c. pour autant que ce dernier n'y déroge pas ; qu'à teneur de l'art. 113 C. c, il y a lieu, sur la nature particulière du contrat de promesse de mariage, d'apprécier rigoureusement les fautes qui peuvent être relevées à la charge du débiteur, soit de la partie qui se refuse sans droit à passer à la célébration du mariage ... ».

3. Quand à l'évaluation des dommages-intérêts un jugement du Tribunal cantonal décide qu'il faut tenir compte du « préjudice moral ou matériel ».

« Considérant en droit, dit-il, que si l'article 61 mod. du C. c. vaudois donne ouverture à une action en dommages-intérêts, en cas de rupture de promesses de mariage, toutefois le droit qui en résulte est subordonné aux principes généraux sur la matière contenus aux articles 110 et suivants du C. obl., qu'aux termes de l'art. 116 C. obl., les dommages-intérêts dus par le débiteur comprennent en tout cas, le préjudice qui a pu être prévu au moment du contrat, comme une conséquence immédiate de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de ce contrat; préjudice moral et matériel... (1)

5. Pour la clause pénale, la même décision la considère comme un acte contraire aux bonnes mœurs, puisqu'il porte atteinte à un droit absolu et d'ordre public, savoir : la liberté du mariage; dès lors aux termes de l'article 17 C. obl. un pareil acte n'a aucune valeur juridique et il n'y a ainsi pas lieu d'en tenir compte ».

6. La restitution des cadeaux n'est prévue par aucun texte de loi. Aussi nous pensons qu'il faut, dans ce cas appliquer l'article 71 C. obl. au titre « Des obligations résultant d'un enrichissement illégitime ».

7. Quant aux enfants de fiancés, l'art. 181 (loi du 31 août 1875) C. c. vaudois, décide qu'ils « seront réputés légitimes, lors même que le mariage n'aurait pas été célébré, si l'obstacle qui a empêché la célébra-

(1) Kantonsgericht, 3 déc. 1887. Revue judiciaire III, p. 378.

(2) V. plus haut p. 41 n. 3.

tion a été indépendant de la volonté des époux ». Mais il faut qu'un acte en ait été dressé conformément à l'article 31 de la loi fédérale.

8. La prescription, en l'absence de texte spécial, sera la prescription décennale établie par l'article 146 du C. des obligations.

Fribourg

« Le Code fribourgeois, quoique inspiré du Code Napoléon, est celui qui se rapproche le plus des législations civiles de la Suisse allemande ». (1) Les fiançailles y font l'objet des articles 22 à 24.

1. Pour engendrer des conséquences juridiques, les fiançailles doivent être conclues devant un notaire ou devant l'officier de l'Etat civil (2) par deux personnes qui ont capacité de se marier.

2. Elles font naître, article 23 « une action en dommages-intérêts contre la personne qui, après avoir été mise en demeure, refuse de procéder à la célébration du mariage ».

3. Elles peuvent être annulées par toutes « les causes qui résolvent les conventions et particulièrement par toutes celles qui annulent le mariage ou fondent le divorce ». Dans ce cas, elles n'entraînent aucune conséquence juridique, toutefois « sans préjudice de l'action en dommages-intérêts contre la partie par la faute de laquelle l'annulation a été prononcée », article 25.

(1) ROSSEL : Manuel du Dr. C. de la Suisse romande. Introduction § 3. Fribourg, p. XI.

(2) Revue judiciaire, X, p. 57.

4. Le quantum des dommages-intérêts à allouer s'il y a lieu, est laissé à l'appréciation du juge, qui doit article 24, al. 1, prendre « en considération l'importance des motifs allégués par la partie à l'appui de son refus ainsi que le préjudice que ce refus fait éprouver à l'autre partie. »

5. La clause pénale est permise, mais elle « peut être modifiée ou réduite par le juge » article 24, al. 2.

6. Enfin en cas de rupture de fiançailles, les donations faites par un tiers, en faveur du mariage, sont caduques, article 1402.

Valais

Le C. c. du Valais, entré seulement en vigueur dans son entier le 1^{er} janvier 1855 « est une sorte de compromis entre les idées germaniques et les idées françaises, celles-ci ayant exercé l'influence prépondérante » (1). Les articles 77 et 78 de ce code traitent la question des fiançailles,

1. L'article 77 primitif a été modifié par le Décret du 2 décembre 1875, article 19, qui décide que « les promesses de mariage n'engendreront une action civile que lorsqu'il en aura été dressé acte par l'officier de l'état civil, conformément à l'article 31 de la loi féd. sur l'état civil ».

2. Lorsque les fiançailles sont légalement établies, leur rupture entraîne, pour la partie restée fidèle, le droit de conserver les cadeaux reçus et le droit

(1) ROSSEL : Op. cit., p. XIV.

d'intenter une action en dommages-intérêts, mais non une action en conclusion du mariage, article 78.

Les dommages-intérêts seront la réparation du préjudice réellement souffert, mais non du préjudice éventuel et du *lucrum cessans* (même article).

4. Enfin la cause pénale est prohibée (même article).

Neuchâtel

Avant 1850, c'étaient les règles du droit protestant qui dominaient en matière de mariage (1). Le 22 février 1850 intervint la loi sur l'abolition des mariages forcés (2) qui enleva, au dire de M. Jaccottet, leurs principaux effets réels aux promesses de mariage (3). La seule valeur qui leur reste actuellement est exprimée dans les articles 2 et 3 de cette loi qui sont, du reste, identiques aux articles 946 et 947 du C. de pr. c. de 1881. Ces articles sont maintenant les seuls qui s'occupent des fiançailles, le C. c. de 1854 étant muet à leur sujet.

1. Les fiançailles ne sont soumises à aucune forme. C'est au juge à se prononcer sur leur validité. C'est ce qui résulte de l'article 946, ainsi conçu : « L'obligation résultant de promesses de mariage, reconnues valables par les intéressés et déclarées telles par un jugement,

(1) CALAME : Dr. privé d'après la coutume neuchâteloise, p. 312.

(2) L'art. 1 de cette loi décide qu' « aucun mariage ne peut être célébré dans le pays sans le libre consentement des contractants. »

Art. 5. « L'enfant conçu sous la foi de promesses de mariage ne peut être légitimé que par le mariage subséquent ».

(3) JACOTTET : Le Dr. civ. neuch. Dr. des personnes 1, 1^{re} sect. p. 67 et 68.

se résoudra en dommages-intérêts si l'une des parties refuse de procéder à l'exécution. »

2. L'action en dommages-intérêts doit être précédée d'une mise en demeure ; c'est ce que dit l'article 947 : « une simple mise en demeure, non suivie d'effet, donnera ouverture à l'action en dommages-intérêts. »

3. Quant à l'évaluation des dommages-intérêts, la loi n'en parle pas : les Tribunaux suivent en principe la jurisprudence française.

Tessin

Les prescriptions législatives relatives aux fiançailles sont contenues dans l'article 48, au Titre V, intitulé « du mariage » C. c. de 1882.

Cet article 48, inspiré de l'article 54 du C. c. italien, décide que « si la promesse a été faite par écrit, par un majeur ou par un mineur autorisé de la personne dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, ou bien si elle résulte des publications faites par l'officier de l'état civil le promettant qui refuse de l'exécuter sans motif légitime est tenu d'indemniser l'autre partie des dépenses motivées par cette promesse de mariage et à lui restituer ce qu'il en avait reçu à la faveur de cette promesse.

Toutefois la demande n'est pas admissible six mois écoulés depuis le jour où la promesse devait recevoir exécution. »

Il résulte de ce texte que :

a) Les promesses de mariage doivent être écrites ou

avoir fait l'objet de publication pour qu'elles engendrent une action en dommages-intérêts.

b) Le but de l'action est d'obtenir non l'exécution même du mariage, mais la restitution des cadeaux faits en faveur des fiançailles et des dommages-intérêts.

c) Les dommages-intérêts ne sont dus que s'il n'y a pas de juste motif de rupture.

d) Le préjudice moral n'est pas pris en considération pour l'évaluation des dommages-intérêts.

e) La prescription est de six mois.

IV. — GROUPE DES CANTONS SANS CODIFICATIONS

Les cantons qui composent ce groupe n'ont aucune législation civile sur le modèle de nos législations modernes. Ils sont encore régis par de vieux coutumiers ou statuts locaux. Quelques-uns même n'ont plus actuellement de dispositions législatives relatives aux fiançailles. Pour ces derniers, on applique les règles établies par les diverses lois fédérales déjà en vigueur. Nous ne ferons que signaler les cantons : Uri, Schwytz, Ob et Nidwalden Bâle-ville et Bâle-campagne, Appenzell (R. int.). Il ne reste ainsi à examiner qu'Appenzell (R. ext.) et Saint-Gall.

Appenzell (R. ext.)

La loi sur le Droit de famille du 29 avril 1883, consacre les articles 1 et 2 aux fiançailles. L'article 1 en règle la forme et l'article 2 les effets.

Les fiançailles supposent le libre consentement préalable des fiancés, s'ils sont majeurs et le consentement des parents ou de ceux qui ont la puissance sur eux s'ils sont mineurs (art. 1).

En cas de contestation, la preuve de l'existence des fiançailles se fait par une reconnaissance écrite émanant de celui qui les conteste, ou par les cadeaux qui auraient été échangés (art. 1).

D'après l'article 2, découle des fiançailles une action en dommages-intérêts laissés, quant à leur montant, à l'appréciation du juge.

Saint-Gall

Les fiançailles sont régies actuellement par les articles 23 et 32 de la loi relative à la procédure en matière de mariage et de divorce du 27 novembre 1878 entrée en vigueur le 13 janvier 1879.

1. Pour être valables, les fiançailles doivent être conclues avec le consentement des personnes qui exercent la puissance paternelle quand les fiancés n'ont pas vingt ans révolus et il faut en outre que le mariage projeté soit possible (art. 32).

2. Aucune forme spéciale n'est exigée. Les parties doivent simplement se conformer aux prescriptions de l'article 24 de la loi féd. sur l'état-civil.

En cas de contestation, c'est au juge à décider sur l'existence et la validité des fiançailles (art. 32).

3. La rupture est libre. Mais le fiancé délaissé peut réclamer à l'autre des dommages-intérêts, s'il n'a pas lui-même, par sa faute, provoqué la rupture.

4. Les dommages-intérêts sont laissés à l'appréciation du juge. Ils doivent comprendre les dépenses directement ou indirectement occasionnées par les fiançailles telles que frais de voyage, frais faits en vue du futur mariage, argent comptant, déboursés. etc. en un mot le *damnum emergens* mais non le *lucrum cessans* (jugement du Tribunal cantonal du 14 janvier 1890).

5. Enfin les cadeaux doivent être restitués (art. 23).

CHAPITRE II

Droit fédéral

Les quelques lois fédérales, déjà en vigueur, ne s'occupent pas, d'une manière spéciale, des fiançailles. Mais quelques-unes de leurs dispositions y ont néanmoins trait indirectement. Ce sont ces dispositions que nous allons examiner très succinctement.

A. — LOI SUR L'ÉTAT CIVIL ET LE MARIAGE

1. L'article 26 de cette loi exige pour la validité du mariage le consentement libre des intéressés. Par suite, toute contrainte est exclue. Cet article s'applique également aux fiançailles, dans ce sens qu'on ne peut, en vertu de ces dernières, exiger la conclusion du mariage. Ce serait une contrainte indirecte, contraire au principe de la liberté du mariage.

Par application de cet article, l'action en conclusion du mariage encore donnée actuellement aux fiancés dans les cantons d'Argovie, de Berne (emprisonnement), de Fribourg et de Neuchâtel (mise en demeure) n'est plus recevable; elle se transforme en demande de dommages-intérêts.

2. Les articles 29, 30 c), et 31 de la même loi reconnaissent implicitement l'existence des fiançailles. En effet, le premier exige que le mariage soit précédé de la publication des promesses de mariage. Le deuxième demande qu'à défaut de la comparution personnelle des fiancés, soient présentées à l'officier de l'état civil, les promesses de mariage signées des deux parties et légalisées par l'autorité compétente. Le troisième, enfin, énumère les indications que doit renfermer la promesse de mariage.

Ce sont là autant de formalités qui, il est vrai, ne sont pas exigées pour les fiançailles en tant que fiançailles. Mais on a pu le croire : aussi, certains cantons ont-ils laissé subsister les formes exigées jusqu'alors dans leurs législations pour la validité des fiançailles. Les cantons de Vaud, du Valais, du Tessin et de Fribourg sont dans ce cas.

B. — CODE DES OBLIGATIONS

L'article 76 de ce Code décide que : « Les obligations qui ont leur source dans les rapports de famille ou de succession ou qui se fondent sur les principes du droit public, sont régies, quant à leur formation, par le droit cantonal ou par les dispositions spéciales du droit fédéral. »

Au sujet de cet article, deux questions peuvent se poser : les fiançailles engendrent-elles un rapport de famille et ce rapport, en cas de rupture, donne-t-il naissance à une obligation comme tout rapport du droit de famille ! La réponse à ces questions appar-

tient au droit cantonal : il faut, dans chaque législation, rechercher la nature juridique des fiançailles, car elle est diversement envisagée, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent. Ainsi, par exemple, dans les cantons d'Argovie, Fribourg, Vaud et Neuchâtel, on applique aux fiançailles les principes admis pour les contrats. Mais, de ce fait-là, on ne peut généraliser et déduire que l'action résultant de la rupture des fiançailles a sa source dans un rapport de famille obligatoire (1).

Pour reconnaître, dans une législation donnée, la nature juridique des fiançailles, il faut rechercher quels sont les droits engendrés par celles-ci dans cette législation. Ainsi, les droits de succession accordés aux fiancés, la faculté qu'ils ont de se donner par acte de dernière volonté ; la situation et les droits des enfants de fiancés, leur assimilation aux enfants légitimes, ce sont là autant d'indices qui ne sont pas douteux, car ces droits ne peuvent être engendrés que par un rapport de famille. Par suite, les obligations qui naissent de ce rapport sont régies, article 76, par le droit cantonal (2).

Dans les cantons au contraire où les fiançailles ne peuvent être considérées comme engendrant un rapport de famille, les obligations qui en naissent, à défaut de l'article 76, seront régies, suivant les circons-

(1) V. Journal des Tribunaux XXXX, p. 524.

(2) Plusieurs législations traitent les fiançailles parmi les Droits de famille (groupe de Zurich, Appenzell, Soleure). Cette circonstance-pensons-nous, n'est pas suffisante pour déterminer quelle est la nature juridique des fiançailles. V. Urteil des Appellations- und Kassationsgericht Bern du 9 mars 1888, dans Zeitschr. des bernerjuris, tenvereins, XXIV, p. 367.

tances, par les articles 50 et 55 du C. des obl. Ces articles sont placés sous la rubrique « Des obligations résultant d'actes illicites ». L'un, l'article 50, s'occupe du dommage matériel : « Quiconque cause, sans droit, un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer » ; l'autre, l'article 55, prévoit l'offense, le tort moral : « Si quelqu'un a été lésé par d'autres actes illicites qui portent une grave atteinte à sa situation personnelle, le juge peut allouer une indemnité équitable, alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi. » En somme, ces deux articles correspondent chez nous aux articles 1382 et 1383. Cette harmonie entre notre Code civ. et le Code suisse des obl. nous dispense d'entrer dans de plus longs détails. Nous nous bornons à renvoyer à la théorie de la jurisprudence, en matière de rupture de fiançailles, basée sur les articles 1382 et 1383.

Pour nous résumer — ou le Droit cantonal accorde pleine indemnité, alors la partie demanderesse ne peut pas invoquer de dommage sur la base des articles 50 et suiv. du C. des obl. — ou le Droit cantonal n'accorde qu'une indemnité restreinte ou pas d'indemnité du tout, alors l'action aquilienne est admissible jusqu'à concurrence de la réparation complète fixée selon les articles 50 et s. du C. des obl.

Mais ces deux actions, l'action aquilienne et l'action ex contractu ne peuvent être exercées ensemble quand la rupture revêt les caractères d'un acte illicite. L'une ne peut s'exercer qu'à défaut de l'autre (1).

(1) ZIHLMANN : Op. cit., p. 133 et 134.

CHAPITRE III

Projet d'un Code Civil Suisse

Le projet de Code civil suisse est l'œuvre, avons-nous déjà dit, de M. le professeur Eugène Huber « esprit généreux et conciliant qui, tout en sachant emprunter au droit étranger ses progrès, a ménagé pieusement les particularités respectables des législations cantonales suisses, faisant ainsi une œuvre à la fois moderne et nationale (1) ». Les fiançailles y sont prévues dans la deuxième partie *Du Droit de famille*, titre III, première section, et y font l'objet des articles 110 à 115. Les principes dont s'est inspiré le rédacteur du projet sont ceux du nouveau Code allemand. Si les règles qui en découlent ne sont pas absolument identiques au fond, elles sont du moins en parfaite harmonie dans les deux Codes (2) ; ce qui nous permettra d'être très bref dans cette étude.

(1) MENTHA: op. cit. p. 12.

(2) RUMELIN : Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Familienrecht in Jahrbuch für Gesetzgebung und Volkswirtschaft 25 III. 1901, p. 61.

I. Le projet débute par une définition de la promesse de mariage : « C'est l'engagement mutuel de l'homme et de la femme de contracter l'union conjugale », article 110, al. 1.

Par suite il y aura fiançailles après l'échange de promesses de mariage réciproques.

II. Aucune forme spéciale n'est prescrite pour la validité des fiançailles : « Elles doivent être exemptes de formes, c'est-à-dire purement et simplement conclues par promesses de mariage (1) ». En conséquence, c'est au demandeur à faire la preuve de l'existence des fiançailles en cas de contestation.

III. La capacité nécessaire pour conclure des fiançailles n'est pas déterminée par le projet qui se borne à dire dans l'article 110, al. 2, que les fiançailles de mineurs ou interdits n'ont d'effet juridique que si elles ont été conclues du consentement du représentant légal ». Nous pensons que par là le projet renvoie implicitement aux règles générales sur la capacité civile des articles 7 et s. et non à celles sur la capacité spéciale matrimoniale des articles 116 et s. Ainsi les fiançailles conclues par une femme âgée de 18 ans, ayant par là la capacité matrimoniale, ne seraient pas valables. La femme n'aurait par suite pas d'action en cas de rupture de même que s'il n'y avait pas eu de fiançailles du tout,

IV. L'article 111, al. 1, ainsi conçu : « Il n'y a pas d'action en justice, à raison des fiançailles, pour la

(1) Eug. HUBER : Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen justiz- und polizei departements 1^o fasc. Berne 1901, page 121.

conclusion du mariage », adopte la règle du C. c. allemand, article 1297, al. 1. Les fiançailles ne sont plus qu'un temps d'épreuve librement accepté par les parties et qui ne saurait être obligatoire ni directement ni indirectement. L'article 111 est ainsi en conformité avec l'article 26, al. 2 de la loi. féd. sur l'état-civil et le mariage, cité plus haut.

V. En conséquence la clause pénale doit être prohibée. C'est ce que fait du reste l'article 111 al. 2, dans les termes suivants : « La clause pénale établie pour le cas de rupture de fiançailles est dépourvue d'action ».

Par cette formule le rédacteur du projet laisse entendre que la clause pénale n'est pas nulle, mais que dépourvue d'action, elle devient obligation morale, l'exécution volontaire de cette obligation exclut la *condictio indebiti* (1).

VI. Les fiançailles ont pour effet principal de faire naître « l'obligation de ne faire quoi que ce soit qui puisse être considéré comme un manquement à la foi promise (2). »

Deux éventualités peuvent se produire à ce sujet : ou la rupture a lieu, sans motifs, directement de la part de l'un des fiancés, ou elle a lieu de la part de l'autre fiancé déterminé par la conduite coupable du premier.

Ces deux cas sont prévus dans le projet. L'auteur de la rupture, ou celui qui l'a occasionnée est en faute.

(1) Dans le C. civ. de Zürich, art. 579, la clause pénale est non seulement dépourvue d'action, mais nulle. De même dans le Code allemand, art. 1297.

(2) Eug. HUBER : Erläuterungen, p. 122.

Conformément aux art. 50 et 55 du C. des obl. rappelés plus haut, il en doit réparation. C'est ce que décident les art. 112 et 113.

Art. 112. « Celui qui sans motifs suffisants ou pour un grief qu'il a lui-même occasionné, rompt son engagement ou qui, par sa conduite, fournit à l'autre fiancé un motif grave de rupture, est tenu d'indemnité équitable, à raison des dépenses faites, de bonne foi, en vue de la célébration de mariage. »

De là, les conséquences suivantes :

a) L'article 112 ne donnant pas de définition du « motif suffisant », ce sera au juge d'apprécier la valeur et la légitimité du motif invoqué.

b) « L'indemnité équitable » dont il est question comprendra le *damnum emergens*, mais non le *lucrum cessans*, car le texte ne parle que de « dépenses faites ». Et encore, pensons-nous, ne seront pas comprises dans l'indemnité toutes les dépenses faites en prévision du mariage (texte allemand), mais seulement celles qui, d'après le texte français du projet auront été faites « en vue de la célébration du mariage ».

c) Les dépenses devront avoir été faites de bonne foi, comme dans le Code allemand.

d) Enfin pourront être prises en considération non seulement les dépenses personnelles des fiancés, mais aussi celles des tiers, par exemple, celles des parents des fiancés (1).

En résumé, l'art. 112 ne prévoit que le dommage matériel.

(1) Eug. HUBER : Erläuterungen, p. 122.

VII. L'article 113 va plus loin encore. « Il permet en l'absence même de tout dommage, de condamner celui des fiancés qui, par malice ou légèreté, cause la rupture, à payer à l'autre une indemnité à titre de satisfaction personnelle. Cette disposition, à première vue, paraît singulière. Si l'un des fiancés a le caractère inconstant ou mal fait, l'âme basse ou l'humeur acariâtre, n'est-ce pas une bonne fortune qu'il fasse éclater ces défauts avant d'empoisonner la vie commune? N'est-ce pas un grand gain pour l'autre d'échapper à un mariage malheureux? Et quand il devrait se féliciter d'une rupture qui l'affranchit d'un joug pesant, faut-il lui permettre encore de s'en prévaloir pour obtenir de l'argent? La disposition du projet ne se justifie évidemment que si l'on considère les interprétations malignes auxquelles la rupture peut exposer celui des fiancés qui est sans reproche à cet égard, et c'est uniquement pour réparer ce *tort moral*, pour obtenir, aux yeux du public, une satisfaction, que le fiancé innocent peut s'adresser au tribunaux, quand bien même cette satisfaction prend la forme grossière d'une indemnité (1). »

L'art. 113 (2) est donc analogue à l'article 1300 du nouveau C. all., mais il le dépasse de beaucoup (3). Tandis que l'article 1300 ne prévoit que le tort moral qui résulte « pour une fiancée de conduite irrépro-

(1) MENTHA : Op. cit., p. 15 et 16.

(2) Art. 113. « Celui qui par méchanceté ou légèreté cause la rupture pourra être condamné à payer à l'autre fiancé une indemnité équitable à titre de réparation, sans préjudice des dommages-intérêts. »

(3) RUMELIN : Op. cit., p. 61.

chable de concéder à son fiancé le droit de cohabitation », l'article 113 du projet suisse prévoit le tort moral de telle manière qu'il arrive (1). C'est du reste au juge d'apprécier et à déterminer le montant « équitable » de l'indemnité qui peut être due (2).

VIII. L'article 114 prévoit la restitution des cadeaux de fiançailles. Il est du reste analogue à l'article 1301 du C. all. Nous ne faisons que le transcrire ici. « Les parties pourront réclamer les présents qu'elles se sont faits ou l'indemnité équivalente à la somme dont elles se trouvent enrichies au moment de la rupture.

En cas de rupture de la promesse de mariage, par la mort, les présents ne pourront être réclamés. »

IX, « Les réclamations pour cause de rupture de la promesse de mariage sont prescrites dans l'année » article 115. C'est donc la prescription des actions en dommages-intérêts de l'article 69 du C. féd. des oblig. qui est appliquée en cas de rupture des fiançailles.

(1) Eug. HUBER : Erläuterungen, p. 122, 2^e al.

(2) Art. 55, du C. féd. des oblig.

CONCLUSION

Nature juridique des fiançailles

Quelle est la *nature juridique des fiançailles* dans le nouveau Code allemand et dans le projet d'un Code civil suisse? C'est la question que nous avons déjà posée et que nous allons essayer de résoudre maintenant.

Les fiançailles sont intimement liées au mariage; comme l'a dit un auteur elles sont avec lui dans une proche parenté (1). Non seulement elles sont traitées dans le droit du mariage, mais encore souvent, fiancés et époux sont traités de manière semblable :

(1) HABICHT: die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Schuldverhältnisse en Otto Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess III, 3^e édit., p. 523.

ainsi dans les articles 1620, 2275 al. 2 et 3, 2276 al. 2, 2279 al. 2, 2290 al. 3, 2347 al. 1 (1).

Aussi, pour nous, les fiançailles constituent « un contrat obligatoire, une sorte pactum de contrahenda dans son sens large, ou plutôt un préliminaire de contrat par lequel les contractants s'engagent non pas à former entre eux un contrat dans son sens propre, portant obligation pour l'un et pour l'autre, mais à conclure un contrat *purement du droit de famille* (2) ».

Ce contrat *purement du droit de famille* que précèdent et préparent les fiançailles, c'est la *conclusion* du mariage.

Le mariage lui-même crée un rapport de droit entre les époux ; c'est une institution de droit. La conclusion du mariage est elle-même un acte juridique, car les deux futurs ont l'intention de créer le rapport de droit qui naît du mariage. Mais comme le mariage intéresse non seulement les époux eux-mêmes, mais encore les tiers, il faut que la conclusion du mariage soit entourée de certaines formalités, d'une certaine publicité dont le but est de porter à la connaissance des intéressés l'union projetée. La conclusion du mariage est donc un acte juridique d'une nature spéciale, un acte du droit de famille. Les fiançailles qui préparent cet acte participent également de sa nature : elles constituent elles-mêmes un contrat *du droit de famille*. Cela n'est pas

(1) ENDEMANN : Lehrbuch des bürgerl. Rechts II, p. 600.

(2) Die R. Ger. Entsch. in C. S. V. 29, p. 98.

douteux par exemple à Zurich, article 898, où les fiancés ont un droit de succession.

Cela résulte également, pensons-nous, dans le nouveau Code allemand (de ce que, durant les fiançailles les futurs sont traités de même manière ou identiquement aux époux : articles 2077, 2275, 2279, 2290. Mais ce contrat est d'une nature plus particulière encore ; c'est un contrat dont *l'objet est la création d'un autre contrat* ; c'est un pactum de contrahendo, comme le dit la décision rapportée plus haut, ou pour nous servir de son expression, un préliminaire de contrat. Cette expression à la vérité ne se trouve pas dans le Code allemand et le Code suisse des obligations, du moins à notre connaissance ; mais si le mot n'y est pas, l'idée y est exprimée article 154 du B. G. B. « Tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur tous les points d'un contrat sur lesquels... un accord doit avoir lieu... (1) ».

Enfin la loyauté étant la règle de tout contrat, les parties devront s'y soumettre. C'est ce qui semble résulter des articles 1298 et 1299 du C. all. et c'est ce que pensait aussi M. Huber (2). Chaque fiancé a une double obligation, celle de faire tout ce qui est nécessaire pour arriver à la conclusion du mariage et celle d'éviter tout ce qui pourrait empêcher cette conclusion ou pourrait la rendre plus difficile. Par suite les fiancés doivent apporter beaucoup de circonspection et de loyauté dans les divers rapports qui s'établissent

(1) WINDSCHEID KIPP : Pandektenrecht II, p. 252.

(2) HUBER : Erläuterungen, p. 121.

entre eux et ils doivent surtout être très prudents dans leurs relations avec les tiers. En un mot, les fiançailles ont pour but non seulement la conclusion du mariage plus ou moins éloignée mais aussi la formation immédiate de cette double obligation. Il y a dès lors « état de fiançailles » (Brautstand).

A cette théorie des fiançailles, Jacobi fait l'objection suivante : les fiançailles ne peuvent être traitées comme un acte juridique parce qu'elles ne donnent naissance ni à une action en conclusion du mariage ni à une action en dommages-intérêts en cas d'inexécution. Du reste un moyen de coercition ne saurait exister en présence de la liberté qui doit présider aux unions matrimoniales.

Comme nous l'avons vu dans l'étude des travaux préparatoires du Code allemand, l'intention du législateur était non pas de supprimer toute obligation naissant des fiançailles, puisque tel était l'article 1227 de l'avant-projet rejeté par la deuxième commission, mais seulement l'action que ferait naître l'obligation de conclure le mariage. Il s'ensuit que le contrat de fiançailles est simplement limité dans ses effets. Cela résulte également des explications de M. Huber (1). Or de ce que « l'obligation est seulement limitée dans son efficacité, il ne s'ensuit pas qu'elle perde son caractère juridique » (2) et si les fiançailles sont dépourvues d'action pour leur exécution elles obligent néanmoins à réparer le préjudice causé en

(1) HUBER : Erläuterungen p. 421.

(2) SCHMIDT et HABICHT : Commentar p. 6.

cas de rupture injustifiée article 1298 et suivant du C. all. et 112 et 113 du Proj. suisse.

Jacobi va plus loin. Il dit en substance que les fiançailles ne sont qu'un temps d'épreuve dont la durée fait présumer de la durée de l'union conjugale. « Celui qui s'est fiancé par erreur, non seulement est fondé mais encore obligé à ne pas conclure le mariage projeté. Ce serait sans conscience et aussi à l'encontre de l'intérêt public si des mariages qui apparaissent dès maintenant comme devant être malheureux pouvaient être conclus, parce que celui qui a dit une fois A doit également dire B » (1); que les fiançailles soient un temps d'épreuve cela n'est pas douteux. Mais ce temps d'épreuve, doit être sérieux. Les articles 1298 et suivant du C. all. supposent que les fiancés y ont mûrement réfléchi avant de s'y soumettre et qu'il n'agissent pas avec légèreté ou précipitation. « Les fiançailles frivoles sont une offense pour l'autre fiancé » (2). Celui qui s'engage trop précipitamment ou par erreur commet donc une faute et il en doit réparation.

Jacobi ajoute que l'obligation dont est tenu l'auteur de la rupture de dédommager l'autre fiancé prend sa source dans une *culpa in contrahendo*. Nous ne croyons pas que ce soit absolument exact. Ainsi pour la rupture occasionnée par la conduite coupable de l'un des fiancés, la cause de l'obligation de réparer le dommage causé n'est pas dans une *culpa in contrahendo*,

(1) JACOBI : Das persönliche Eherecht II éd. p. 48 et suivantes.

(2) ENDERMANN : Lehrbuch L. II. p. 601 n° 42.

puisque les fiançailles sont déjà conclues ; elle est dans un fait postérieur à cette conclusion. Nous ne croyons pas que cette solution de Jacobi soit celle du Code allemand sur ce point. Au contraire pour les cadeaux Jacobi fait l'application de la *condictio ob causam datorum* et nous pensons que c'est avec raison. Du reste le Code allemand y fait allusion en renvoyant aux règles de l'enrichissement indû, article 1301. L'article 114 du projet suisse est également dans ce sens.

A cette première objection tirée par Jacobi du manque d'action sanctionnant l'obligation qui naît des fiançailles de conclure le mariage Stutz en ajoute encore deux autres (1).

La première résulte de ce que d'ordinaire un contrat principal peut exister sans préliminaire alors que pour le mariage ce préliminaire est obligatoire, nécessaire.

Sans doute le contrat principal peut exister avec ou sans préliminaire. Le mariage et les fiançailles ne font pas exception à cette règle et, pensons-nous, le mariage peut exister sans fiançailles qui le précèdent. Les articles 1317 à 1370 du C. all. qui déterminent les formalités à remplir pour la célébration du mariage — en parlant de « fiancés », entend les personnes qui ont l'intention de se marier, qu'elles soient fiancées ou non fiancées. D'ordinaire il y aura fiançailles véritables, mais on conçoit qu'elles peuvent aussi ne pas exister et que si la loi désigne par fiancés ceux qui vont se

(1) STUTZ : Die Rechtsnatur des Verlöbnisses, p. 20 et s.

marier, c'est que les publications de bans précédant le mariage font supposer qu'il y a fiançailles.

Le deuxième vient de ce que le préliminaire de contrat doit avoir pour objet unique la conclusion du contrat principal. Or pour les fiançailles ce n'est pas le cas. Les fiançailles ont en quelque sorte une existence relative propre, elles créent « l'état de fiançailles ».

Cette objection ne nous paraît pas fondée :

Les fiançailles créent bien entre les fiancés une situation spéciale que l'on désigne sous le nom d' « états de fiancés » mais ce n'est pas leur but principal, leur vrai but.

Les futurs époux en se fiançant n'ont pas pu ne pas vouloir la conclusion du mariage. Sans cette volonté on ne comprendrait pas les fiançailles ; elles n'auraient aucune raison d'être.

Enfin nous croyons avec l'opinion généralement adoptée que les fiançailles constituent un contrat spécial du Droit de famille dans le code allemand et dans le projet d'un Code civil suisse : c'est le contrat par lequel deux personnes de sexe différent contractent l'obligation réciproque de s'unir en mariage et créent entre elles le lien de famille spécial appelé Brautstand.

« En faisant des fiançailles une institution civile il semble que les lois — *que nous venons d'étudier* — prennent en considération l'union conjugale dans son rapport avec le consentement des époux et la félicité intérieure du ménage ; qu'elles aient voulu que l'amour à l'état d'engagement libre mais publiquement avoué, précédât le mariage pour qu'on fût plus sûr qu'il le

suivrait ; que les futurs époux apprissent, durant une longue et préalable fréquentation, le secret de leurs passions et de leurs faiblesses. Les fiançailles ainsi comprises sont comme l'éducation de la vie conjugale (1) ».

VU :

Lyon, le 8 novembre 1903,
Le Président de la Thèse,
E. LAMBERT.

VU :

Lyon, le 9 novembre 1903.
Le Doyen de la Faculté,
E. CAILLEMER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 10 novembre 1903.
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
G. COMPAYRÉ.

(1) Comte PORTALIS : Le Code civil sarde. Préface.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Indépendamment des Codes, lois, recueils divers de jurisprudence, français ou étrangers, nous avons principalement utilisés les ouvrages suivants :

- AUBRY et RAU . — Cours de dr. civ. franc., 4^e éd.
BAUDRY — LACANTINERIE : Précis de dr. civ. (1895)
BARAZETTI. — Der Vorentwurf zum ersten und zweiten Teil des schweizerischen Civilgesetzbuchs. Berne 1898.
BEAUCHET. — Étude historique sur les formes de la célébration du mariage, Rev. hist. 1882 t. VI.
BULLING. — Die Deutsche Frau und das Bürgerliche Gesetzbuch.
BURGER. — Gesetze und Verordnungen betreffend die Verehelichung. Berne und Solothurn, 1858.
CALAME. — Dr. privé d'après la coutume neuchâteloise.
CHARDION. — Traité du dol et de la fraude.
COLIN. — Des fiançailles et des promesses de mariage (thèse) Paris, 1887.
COSACK. — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, t. II.
DEMOLOMBE. — Mariage.
DERNBURG. — Pandekten, t. III. 2^e éd.
ENDEMANN. — Lehrbuch, t. II.
ENGELMANN. — Das alte und das neue Bürgerliche Recht (1876)

- ESMEIN. — Le mariage en dr. canonique.
FENET. — Tr. préparatoires du C. civil t. X.
FEVRET. — Traité de l'abus.
FRIEDBERG. — Verlobung und Trauung.
GAREIS und ZORN. — Staat und Kirche in der Schweiz.
Zürich, 1877 et 1878.
GIERKE. — Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und
das Deutsche Recht.
GLASSON. — Du consentement des époux au mariage. — Le
mariage civil et de divorce, 2^e éd.
GLUCK. — Pandekten, t. 22.
GUÉTAT. — Histoire élém. du Droit français.
GOLDMANN. — Zur Rechtsnatur des Verlöbnisses. Deutsche
Juristenzeitung, 1. X, 1901.
HEUSLER. — Institutionen des Deutschen Privatrechts. T. II.
HINSCHINS. — Im Archiv für civilistische Praxis. T. 74. Das
Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines Bür-
gerlichen Gesetzbuchs.
HÖLDER. — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuchs.
HUBER. — System und Geschichte des schweizerischen
Privatrechts.
Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen
Justiz-und Polizeidepartements, 1901.
JACOBI. — Das persönliche Eherecht, 2^e éd.
JUCKER. — Die Ehe nach dem Privatrecht des Kantons
Zürich. Zurich, 1865.
KÖHLER. — Ideale im Recht, im Archiv für Bürgerliches
Recht, t. V.
L'AURENT. — Principes, t. II.
LAROMBIÈRE. — Obligation.
LEHR. — El. de Dr. germanique.
DURAND DE MAILLANE. — Dict. de Dr. canonique, V^e Fian-
çailles, Lyon, 1776, t. IV.
MARCADÉ. — Revue de la Jurisprudence.
MATTHIAS. — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, t. II.

- MENTHA. — Avant-Projet de C. civ. suisse, La Chaux-de-Fonds, 1901.
- MERLIN. — Répertoire, V^o Fiançailles.
- PEZZANI. — Empêchements au mariage.
- PLANCK. — Kommentar.
- PLANIOL. — Droit civil, t. III.
- PLANTA. — Kommentar zum Bündnerischen, Civilgesetzbuch, Chur, 1863.
- POTHIER. — Traité du mariage.
- SCHNELL. — Civilgesetzbuch der Stadt und Republick mit Anmerkungen, Berne, 1831.
- SOHM. — Trauung und Verlobung, 1876.
- STUTZ. — Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem Bürgerlichem Recht. Tübingen, 1900.
- SUTER. — Die Civilrechtspflege des Kantons Saint-Gallen dargestellt in einer Sammlung von Entscheidungen des Kantonsgerichts Saint-Gallen, 1866.
- REINERT. — Commentar zum Solothurner Civilgesetzbuch, Soleure, 1842.
- TOULLIER. — Dr. civil français.
- VAÏSSE. — De l'inexécution de la promesse de mariage (Thèse), Paris.
- VIDAL. — Etude sur les moyens pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques.
- ZIHLMANN. — Der Verlöbnissbruch im modernen Recht (Thèse), Zurich, 1902.
-

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....	page	5
INTRODUCTION : Historique. Principe de la jurisprudence française.....	»	9

PREMIÈRE PARTIE

Les fiançailles dans le nouveau Code allemand

CHAPITRE I. — Travaux préparatoires du nouveau Code.....	page	39
CHAPITRE II. — De la forme des fiançailles.....	»	44
CHAPITRE III. — Conditions nécessaires à la validité des fiançailles.....	»	47
§ 1. Consentement des fiancés.....	»	47
§ 2. Capacité d'agir des fiancés.....	»	52
§ 3. Aptitude des fiancés à contracter le mariage projeté..	»	52

CHAPITRE IV. — De la fin des fiançailles.....	page	54
§ 1. De la fin naturelle des fiançailles.....	»	54
§ 2. Rupture des fiançailles.....	»	56
CHAPITRE V. — De la restitution des cadeaux ..	»	58
CHAPITRE VI. — Obligation de réparer le dom- mage causé.. ..	»	65
CHAPITRE VII. — De la défloration	»	73
CHAPITRE VIII. — Dispositions testamentaires entre époux. Prescription.....	»	77
CHAPITRE IX. — Compétence en matière de fian- çailles. Mesures transitoires.....	»	82

DEUXIÈME PARTIE

Les Fiançailles en Suisse

INTRODUCTION.....	»	84
CHAPITRE I. — Les Fiançailles dans le Droit cantonal.....	»	88
§ 1. Groupe de législations modelées sur le C. c. de Zurich (Zurich, Schaff- house, Zoug, Grisons, Glaris, Thurgo- vie).....	»	88
§ 2. Groupè de législations cantonales influencées par le Code autri- chien). Berne, Lucerne, Soleure, Argo- vie).....	»	101
§ 3. Groupe des législations de la Suisse romande (Genève, Jura, Bernois, Vaud, Fribourg, Valais, Neuchâtel, Tessin).....	»	107

§ 4. Groupe des cantons sans codifications.....	page 114
CHAPITRE II. — Droit fédéral.....	» 117
<i>A.</i> — Loi sur l'état civil et le mariage.....	» 117
<i>B.</i> — Code des obligations.....	» 118
CHAPITRE III. — Projet d'un Code civil suisse..	» 121
CONCLUSION. — Nature juridique des Fiançailles dans le Code allemand et le Projet d'un Code suisse.....	» 127
INDEX BIBLIOGRAPHIQUE	» 135

Imprimerie WALTENER & C^{ie}, 3, rue Stella, Lyon
